Gibt es eine Unterlassungsklage für das Gebiet der unerlaubten Handlungen?

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der juristischen Doktorwürde
der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Philipps-Universität zu Marburg

vorgelegt von

Otto Schmieding

Gerichtsreferendar aus Langendreer
Kr. Bochum

Marburg 1929

Spezialdruckerei für Dissertationen: Dr. H. Eschenhagen, Kdt.-Ges., Ohlau i. Schl.

Als Dissertation
von der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
angenommen am 29. April 1929

Berichterstatter: Professor Dr. Jung

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Gewidmet meiner Mutter
und dem Andenken meines Vaters!

Inhalts-Uebersicht.

Seite

Gibt es eine Unterlassungsklage für das Gebiet der unerlaubten Handlungen?

A. Geschichtlicher Ueberblick 1

B. Die heute von der Praxis für das Gebiet der unerlaubten Handlungen gewährten Unterlassungsklagen 6

I. Die Schadensersatz- oder Beseitigungsklage (vom Reichsgericht wiederherstellende Unterlassungsklage genannt) 7

II. Die deliktische Unterlassungsklage als Unterart der negatorischen Unterlassungsklage 9

C. Die negatorische Unterlassungsklage 11

I. Gesetzliche Begründung der negatorischen Unterlassungsklage . 12

II. Ihre Voraussetzungen 38

1. In der Sache 38

a) Wiederholungsgefahr als Rechtsschutzvoraussetzung . . . 38

b) Die Unterlassungsklage wird nicht durch den Einwand der Wahrnehmung berechtigter Interessen ausgeschlossen . . 42

c) Die Unterlassungsklage ist auch dann gegeben, wenn die in Frage stehende Handlung mit öffentlicher Strafe bedroht ist 47

2. In der Person 53

a) des Klägers 53

b) des Beklagten 55

III. Beweislast, Ziel und Vollstreckung der Unterlassungsklage . . 56

IV. Gerichtsstand 59

D. Zusammenfassung 61

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41555603_0057

Literaturverzeichnis.

Cosack, Konrad, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, I. Band, 7. Auflage, Jena 1922.

Delius, Dr., Kammergerichtsrat, Gibt es eine Klage auf Unterlassung, wenn die zu untersagende Handlung durch ein Strafgesetz unter Strafe gestellt ist? J.W. 1913, S. 6—8.

Dernburg—Kohler, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens, 6. Bd., Halle a. d. Saale 1910.

Drewer, Dr. Paul, Die Unterlassungsklage im Warenzeichenrecht, Inaugural-Dissertation, Erlangen 1928.

Eltzbacher, Dr. Paul, Die Unterlassungsklage, ein Mittel vorbeugenden Rechtsschutzes, Berlin 1906.

— Die Handlungsfähigkeit nach deutschem bürgerlichem Recht, Bd. 1, Berlin 1903.

Endemann, Dr. F., Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. 8. Auflage, 1. Bd., Berlin 1903.

Enneccerus, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, I, 1. Allgemeiner Teil, 23.—27. Auflage, Marburg 1927, I,2 Recht der Schuldverhältnisse 25.—29. Auflage, Marburg 1926.

Finger, Oberlandesgerichtsrat, Die Unterlassungsklage gegenüber strafrechtlich verbotenen Handlungen, in J.W. 1919, S. 564—65.

Fischer, Dr. Hans Albrecht, Professor, Die Rechtswidrigkeit mit besonderer Berücksichtigung des Privatrechts, München 1911.

Flad, Dr., Reichsgerichtsrat, Von der Unterlassungsklage, insbesondere im Gebiet der unerlaubten Handlungen, in Iherings J. 1921, Bd. 34, S. 336—381.

Frank, Dr. Reinhard, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 15. Auflage, Tübingen 1924.

Fuchs, Ernst, Die Verstümmelung der Unterlassungsklage, in J.W. 1925, S. 30—32.

Fuld, Dr., Urheberrecht an Zeitungsartikeln, in Gruch., Bd. 47, S. 373 ff.

— Das Reichsgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb vom 7. Juni 1909, Hannover.

Gareis, Das Recht am menschlichen Körper, in der Festgabe

der jur. Fakultät zu Königsberg für Schirmer, Königsberg 1900.
Gierke, Otto, Deutsches Privatrecht, Erster Bd., Allg. Teil und Personenrecht, Leipzig 1895.
Giesker, Dr. Hans, Das Recht des Privaten an der eigenen Geheimsphäre, Zürich 1905.
Hellwig, Anspruch und Klagrecht, Jena 1900.
— Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts, Leipzig 1903.
Ihering, Geist des Römischen Rechts, 2. Auflage, Leipzig 1866.
Isay, Dr. Hermann, Patentgesetz und Gesetz betreffend den Schutz von Gebrauchsmustern, 4. Auflage, Berlin 1926.
Isay, Rudolf, Das Recht am Unternehmen, Berlin 1910.
Jacobsohn, Dr. Hans, Die Unterlassungsklage, Berlin 1912.
Kohler, Dr. Josef, Professor, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts II. Bd., Berlin 1906.
— Die Idee des geistigen Eigentums, in Arch. Civ. Pr. Bd. 82, S. 141 ff.
— Das Autorrecht, Jena 1880.
— Bürgerliches Recht in Holtzendorff-Kohler: Enzyklopädie der Rechtswissensachaften, Leipzig und Berlin 1904, I. Seite.
— Lehrbuch der Rechtsphilosophie, Berlin und Leipzig 1909.
— Urheberrecht an Schriftwerken und Verlagsrecht, Stuttgart, 1907.
— Das Recht des Markenschutzes, Würzburg 1884.
— Das Eigenbild im Recht, Berlin 1903.
— Das Individualrecht als Namensrecht in Arch. Bürg.R. Bd. 5, S. 77—110.
— Das Recht an Briefen in Arch. Bürg.R., Bd. 7, S. 94—149.
— Ehre und Beleidigung in Goltd. Arch., Bd. 47, S. 1 ff.
— Warenzeichenrecht, Mannheim und Leipzig 1910.
— Der unlautere Wettbewerb, Darstellung des Wettbewerbsrechts, Berlin und Leipzig 1914.
Kommentar der Reichsgerichtsräte, 6. Auflage, Berlin und Leipzig 1928.
Krückmann, Paul, Professor, Institutionen des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 4. Auflage, Leipzig 1912.
Kunkel, Zur Lehre vom Rechte der Persönlichkeit in Bay.Z. 07, S. 286 ff., 314 ff.
Landsberg, Injuria und Beleidigung, Bern 1886.
Langheineken, Anspruch und Einrede, Leipzig 1903.

Lau, Dr., Der Unterlassungsanspruch aus den §§ 823 ff. B.G.B. in Gruch., Bd. 47, S. 497 ff.

Lehmann, Dr. Heinrich, Die Unterlassungspflicht im Bürgerlichen Recht, München 1906.

Leipziger Kommentar zum Reichsstrafgesetzbuch, 3. Auflage, Berlin und Leipzig 1925.

Lesser, Dr., Die Unterlassungsklage bei unerlaubten Handlungen, Arch. Bürg.R. Bd. 38, S. 102—116.

Lobe, Der unlautere Wettbewerb als Rechtsverletzung nach dem bürgerlichen Gesetzbuch und den Nebengesetzen, Leipzig 1907.

— Die Widerrechtlichkeit bei dem Gebrauche eines Warenzeichens, in Festschrift für Binding, Leipzig 1911, Bd. 2, S. 183 ff.

Löwenwarter, Dr. Viktor, Wegweiser durch das B.G.B., 7./9. Aufl. 1927 Berlin.

Mannhardt, Dr., Der Unterlassungsanspruch bei den absoluten Rechten, D.J.Z. 1903, S. 416 f.

Marcus, Dr., Zur Frage nach dem Verhältnis des Gesetzes zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs zum B.G.B. im „Recht" 01, S. 425—426.

Mauczka, Der Rechtsgrund des Schadensersatzes außerhalb bestehender Schuldverhältnisse, Leipzig und Wien 1904.

Motive zu dem Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich, Amtliche Ausgabe, Berlin und Leipzig 1888.

Mugdan, Die gesammelten Materialien zum bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Berlin 1899.

Nagler, Der heutige Stand der Lehre von der Rechtswidrigkeit, in Festschrift für Binding, Leipzig 1911, Bd. 2, S. 273—385.

Neukamp, Dr., Unterlassungsklage, öffentliche Strafandrohung und Wiederholungsgefahr, in J.W. 1915, S. 113—120.

Oertmann, Dr. Paul, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Allg. Teil, 3. Auflage, Berlin 1927.

— Bürgerliches Gesetzbuch, 2. Buch, Recht der Schuldverhältnisse, 3./4. Auflage, Berlin 1910.

— Unterlassungsansprüche aus unerlaubten Handlungen? D.J.Z. 1904, S. 616 ff.

Olshausen, Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, I. Bd. 11. Auflage, Berlin 1927.

Opet, Das Namensrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches, in Arch. Civ. Pr. Bd. 87, S. 313 ff.
Osterrieth, Dr., Lehrbuch des gewerblichen Rechtsschutzes, Leipzig 1908.
Planck, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, I. Band, 4. Auflage, Berlin 1913.
Recken, Unterlassungsklage und öffentliche Strafandrohung, in J.W. 1915, S. 271—273.
Regelsberger, Pandekten, 1. Band, Leipzig 1893.
Rosenthal, Dr. Alfred, Die Unterlassungsklage, Eine Uebersicht für den Praktiker, 1916 München, Berlin und Leipzig.
— Wettbewerbsgesetz nebst den materiellen Bestimmungen des Warenzeichengesetzes, 6. Auflage, Berlin 1927.
— Die Beweislast für die Wiederholungsgefahr bei der Unterlassungsklage in L.Z. 1911, S. 888—894.
— Unterlassungsklage und öffentliche Strafandrohung in L.Z. 1913, S. 899—907.
— Unterlassungsklage, öffentliche Strafandrohung und Wiederholungsgefahr in J.W. 1914, S. 1059—1064. J.W. 1915, S. 299—306.
— Wahrung berechtigter Interessen und Unterlassungsklage in L.Z. 1916, S. 997—1000.
— Die Behandlung der Unterlassungsklage in der Rechtsprechung des VI. Ziv.-Sen. des R.G. in L.Z. 1918, S. 431 bis 434, J.W. 1925, S. 575—576.
— Einstweilige Verfügungen gegen das Verbreiten eines beleidigenden Flugblatts? in L.Z. 1920, S. 673—679.
— Die sogenannte „wiederherstellende" Unterlassungsklage in L.Z. 1921, S. 741—747.
— Das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebe in Gruch. Bd. 63, S. 715—724.
Salinger, Das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebe in Gruch. Bd. 62, S. 289—319.
— Die Unterlassungsklage nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts in Gruch. Bd. 64, 263—285.
— Ueber die Beseitigungsklage, insbesondere auf dem Gebiete des gewerblichen Rechtsschutzes in L.Z. 1919, S. 1153—1160, 1206—1217.
— Die fortgesetzte unerlaubte Handlung im bürgerlichen Recht in L.Z. 1919, S. 174—182.

— Das Verhältnis des § 826 B.G.B. zu § 1 Unl.Wettb.Ges., in J.W. 1916, S. 1242—1245.
Schmitt, Dr., Unterlassungsklage und Strafverfolgung bei unlauterm Wettbewerb in J.W. 1913, S. 669—671.
Schulz-Schaeffer, Dr. Rudolf, Das subjektive Recht im Gebiet der unerlaubten Handlung, I. Bd., Marburg 1915.
Seligsohn, Dr. Arnold, Gesetz zum Schutz der Warenbezeichnungen, 3. Aufl., Berlin, Leipzig 1925.
Siber, Dr. Heinrich, Der Rechtszwang im Schuldverhältnis nach Deutschem Reichsrecht, Leipzig 1903.
Specker, Die Persönlichkeitsrechte (mit besonderer Berücksichtigung des Rechts auf Ehre im Schweizer Privatrecht), Aarau 1911.
Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. I. Bd., Allg. Teil, 9. Aufl., München, Berlin und Leipzig.
II. Bd., II. Teil, Recht der Schuldverhältnisse, 7./8. Aufl., München und Berlin 1912.
Stein, Ueber die Voraussetzungen des Rechtsschutzes, insbesondere bei der Verurteilungsklage, in der Festgabe für Fitting, Halle 1903.
Stein-Jonas, Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich, 13. Aufl., I. und II. Band, Tübingen 1926.
Stephan, Dr. Alfred, Die Unterlassungsklage, München 1908.
Teich, Dr., Zur Frage der Klage auf Unterlassung unerlaubter Handlungen, in J.W. 1914, S. 612/13.
von Tuhr, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, I. Bd., Leipzig 1910.
Ulrich, Der Unterlassungsanspruch aus obligatorischen Rechtsverhältnissen nach geltendem Recht, in Iherings J., Bd. 64, S. 161—262.
Warneyer, Dr. Otto, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, 1. Bd., Tübingen 1923.
Weinmann, Dr., Unzulässigkeit der Klage auf Unterlassung einer unter öffentliche Strafe gestellten Handlung? in J.W. 1914, S. 1007—1011.
— Unterlassungsklage trotz öffentlicher Strafandrohung? in J.W. 1915, S. 212/13.

Abkürzungen der benutzten Zeitschriften.

Arch.Bürg.R. = Archiv für bürgerliches Recht.
Arch.Civ.Pr. = Archiv für die zivilistische Praxis.

D.J.Z. = Deutsche Juristenzeitung.
D.R.Z. = Deutsche Richterzeitschrift.
Gew.Rschutz. = Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht.
Goltd.Arch. = Goltdammers Archiv für Strafrecht.
Gruch. = Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts, begründet von Gruchot.
IheringsJ. = Iherings Jahrbücher für Dogmatik des bürgerlichen Rechts.
J.W. = Juristische Wochenschrift.
L.Z. = Leipziger Zeitschrift für deutsches Recht.
Mu.W. = Markenschutz und Wettbewerb, Monatsschrift für gewerblichen Rechtsschutz.
O.L.G. = Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte.
Recht = Das Recht.
R.G. = Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
R.G.St. = Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen.
Seuff.Arch. = Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte.
Warn. = Warneyer, Rechtsprechung des Reichsgerichts.

Vorwort.

Es soll im folgenden versucht werden, die von der Praxis für das Gebiet der unerlaubten Handlungen gewährte vorbeugende Unterlassungsklage auf der Basis der Persönlichkeitsrechte zu rechtfertigen. Mit diesem Ziel kann das Thema daher nach einzelnen Richtungen hin nur begrenzt behandelt werden. Selbst das Gebiet der Persönlichkeitsrechte bietet noch einen solchen Umfang an Stoff, daß es abwegig wäre und über den Rahmen der Arbeit hinausgehen würde, wollte man einzelne berührte Punkte immer ganz erschöpfend behandeln.

Die Arbeit will nicht so sehr eine erschöpfende Darstellung des Themas abgeben als vielmehr konsequent einen Weg weisen, der ohne künstliche Konstruktionsversuche zu dem erwünschten Ziele, nämlich der Anerkennung der Unterlassungsklage, führt.

Gibt es eine Unterlassungsklage für das Gebiet der unerlaubten Handlungen?

Ausarbeitung.

A. Geschichtlicher Ueberblick.

Wir können uns bei dem geschichtlichen Rückblick über die Unterlassungsklage, soweit sie für den Rahmen dieser Arbeit in Betracht kommt, ziemlich kurz fassen, denn es muß von vornherein darauf hingewiesen werden, daß es in keinem der älteren Rechte eine allgemeine Unterlassungsklage gab. Man hat nie daran gedacht, die einzelnen, in älteren und neueren Rechtsquellen geltenden Unterlassungsklagen als aus ein und demselben Gedanken entspringend zu betrachten und das allmähliche Durchdringen dieses Gedankens zu verfolgen und auszubauen. Es mag dies daher kommen, daß im allgemeinen eine Klage auf Unterlassung eine gesteigerte Verfeinrung des Rechtsverkehrs voraussetzt und daß zu einer solchen Klage für die damalige Rechtswissenschaft und Praxis noch gar

kein Bedürfnis vorhanden war. Die Geschichte bietet uns daher sehr wenig Anhaltspunkte für Umfang und Grenzen einer allgemeinen Unterlassungsklage wie sie heute für das Gebiet der unerlaubten Handlungen in Geltung sein soll.

Das römische Recht kannte überhaupt keine direkt auf ein Unterlassungsgebot gerichteten Aktionen, sondern nur solche, die auf einem Umwege die Unterlassung herbeizuführen geeignet waren. So war z. B. das Ziel der actio negatoria zunächst die Beseitigung der geschehenen Rechtsverletzung (1 17 § 2 D. 1 14 pr. D. 8,5), weiter konnte Schadensersatz (culpa des Beklagten vorausgesetzt) verlangt werden, wobei der entstandene Schaden entweder auf Grund einer vorher abgeschlossenen stipulatio damni infecti (1 17 § 2 D. 8,5) oder als das Interesse des Eigentümers bestimmt wurde. Zuletzt konnte auf Antrag des Klägers dem Störer die Bestellung einer Kaution gegen Wiederholung der Beeinträchtigung auferlegt werden. (1 7 D. 8,5; Paulus: „Si vero ... cautionem non praestat, tanti condemnet, quanti actor in litem iuraverit"). Wurde die cautio de amplius non turbando vom Beklagten nicht geleistet, so mußte, da sie nicht erzwungen werden konnte, die Verurteilung zu einer Geldsumme der vom Kläger durch Eid bestimmten litis aestimatio erfolgen. Die Klage ging also unmittelbar nur auf die Zahlung einer Geldsumme (ein facere) und nicht auf das Unterlassen selbst. Es lag dies daran, daß das römische Recht noch kein Mittel der Zwangsvollstreckung zur Durchsetzung eines Urteils kannte, das etwa auf Unterlassung oder Leistung eines Versprechens gelautet hätte. Ferner bestand zur damaligen Zeit noch gar kein Bedürfnis für eine Unterlassungsklage im heutigen Umfange. So kam die Rechtswissenschaft gar nicht in die Lage, den juristischen Begriff einer actio ad non faciendum zu prägen, das non facere wurde vielmehr dem facere einfach subsumiert (§ 7 Inst. 3,15).

Im römischen Recht gab es eine solche Unterlassungsklage zum Schutze eines jeden absoluten Rechts.[1] Ihre Bedeutung mag aber wohl der geringen Zahl dieser Rechtsverhältnisse entsprochen haben.[2]

1) Auch zwei Rechte an unkörperlichen Gütern waren gegen zukünftige Beeinträchtigungen durch Aktionen geschützt. 1 3 pr. D. 43,30. interdictum de liberis ducendis; 1 2 D. 43,30, interdictum de uxore ducenda. Endlich genossen auch einige Forderungsrechte Schutz gegen künftige Verletzung. Vgl. genauere Ausführung bei Eltzbacher U.Kl. S. 12 f.

2) Jacobsohn a.a.O. S. 71.

Nur Ihering behauptet einmal,[3] daß nach römischem Recht auch die Aktionen aus unerlaubten Handlungen, namentlich die actio iniuriarum auf Unterlassung künftiger Verletzung gegangen habe. Ihering stützt sich hierbei auf 1 27 § 14 D. 9,2 (Ulpianus). Er erzielte mit dieser Ansicht auch Erfolge in der Praxis,[4] dennoch aber kann man nicht sagen, daß nach römischem Recht die Aktionen aus unerlaubten Handlungen auch auf das Versprechen einer Strafsumme für den Fall künftiger Verletzung, d. h. auf Unterlassung gerichtet gewesen seien.

1 27 § 14 D. 9,2 lautet:

„Et ideo Celsus quaerit, si lolium aut avenam in segetem alienam inieceris, quo eam tu inquinares, non solum quod vi aut clam dominum posse agere vel, si locatus fundus sit, colonum sed et in factum agendum, et si colonus eam exercuit, cavere eum debere amplius non agi, scilicet ne dominus amplius inquietet: nam alia quaedam species damni est ipsum quid corrumpere et mutare, ut lex Aquilia locum habeat, alia nulla ipsius mutatione applicare aliud, cuius molesta separatio sit."

Diese Stelle besagt: Wenn jemand Unkrautsamen (Lolch oder tauben Hafer) auf fremde Saat wirft und sie dadurch verdirbt, so ist dagegen zwar nicht die actio legis Aquiliae, aber sowohl das interdictum quod vi aut clam, wie auch eine actio in factum begründet. Diese actio in factum steht sowohl dem Eigentümer als auch einem etwaigen Pächter des Grundstücks zu. Wenn aber der Pächter klagt, so muß er dem Beklagten dafür gutsagen, daß der Eigentümer nicht ebenfalls Klage erhebt.

Ihering entnimmt aus dem Wortlaut „cavere eum debere amplius non agi scilicet ne dominus inquietet", daß der Störer der Kautionspflichtige ist und ihm durch die Kaution auferlegt werde, für jeden Fall des Zuwiderhandelns eine Strafsumme zu versprechen. Die Stelle handelt aber gar nicht von einem cavere des Beklagten, sondern von einem solchen des Klägers, nämlich des Pächters (et si colonus ... exercuit, cavere ...). Wäre der Beklagte gemeint, so wäre unverständlich, daß er nur dann Sicherheitsleistung versprechen sollte, wenn der Pächter klagt. Gegen eine solche Auslegung sprechen auch die Wendungen „amplius non agi" (agere in dieser Verbindung heißt nur klagen), „scilicet ne dominus".[5]

3) Iherings J. Bd. 23 S. 267.
4) R.G. in J.W. 03, Beil. S. 11.
5) Vgl. Eltzbacher U.Kl. S. 7/8; Stephan S. 24; Jacobsohn S. 65/66.

Das gemeine Recht hat die Unterlassungsklagen des römischen Rechts übernommen und durch neue vermehrt. Die Praxis hat die Unterlassungsklage auch auf dem Gebiete der unkörperlichen Güter anerkannt, so namentlich zum Schutze des Namensrechts und der ausschließlichen Gewerbeberechtigungen.[6] Bemerkenswert ist noch das schon oben erwähnte, sich auf die Ansicht Iherings stützende Erkenntnis des Reichsgerichts vom 11. November 1902 in J.W. 03 Beil. S. 11, worin erklärt wird, daß nach gemeinem Recht man aus jeder unerlaubten Handlung, deren Fortsetzung oder Wiederholung drohe, auf Unterlassung klagen könne. Da diese Behauptung jedoch nicht genügend begründet ist und z. Zt. des Erlasses des Urteils das gemeine Recht wie auch das Preußische Allgemeine Landrecht schon nicht mehr galten, ist dieses Erkenntnis auf die Praxis ohne Einfluß geblieben.

Die Voraussetzungen der Unterlassungsklage im gemeinen Recht waren dieselben wie im römischen, nämlich Verletzung eines Privatrechts und die Befürchtung eines weiteren verletzenden Tuns.

Das Ziel der Unterlassungsklage erfuhr jedoch eine völlige Umgestaltung.

Das Gericht gebot nunmehr dem Beklagten direkt die Unterlassung künftiger Verletzung und erlegte ihm eine Strafsumme für den Fall der Zuwiderhandlung auf, ohne darauf beschränkt zu sein, den Beklagten, der sich weigerte, freiwillig für den Fall künftiger Verletzung eine Strafsumme zu versprechen, zur Zahlung der litis aestimatio zu verurteilen. Gegen Ende des 18. und im 19. Jahrhundert flossen die vom Beklagten zu zahlenden Geldstrafen nach der Praxis des Reichskammergerichts[7] je zur Hälfte an die Staatskasse und an den Geschädigten (Ludolf, De iure camerali S. 278), späterhin ganz in die Staatskasse (Hommel, Teutscher Flavius S. 101).

Die Partikularrechte haben die Unterlassungsklagen des gemeinen Rechts teils ausdrücklich, teils durch die Praxis aufrecht erhalten. Auch das Ziel der Unterlassungsklage blieb mit wenigen Abänderungen dasselbe.

Bemerkenswert ist, daß das Bürgerliche Gesetzbuch für das Königreich Sachsen (1863) die Unterlassungsklage in einer Reihe von Bestimmungen eingehender und sorgfältiger be-

6) Seuff. Arch. 19 Nr. 114; 21, Nr. 213; R.G. 29, Nr. 32 S. 123.
7) Seuff. Arch. 9 Nr. 267; 8, Nr. 49; 32 Nr. 18.

handelt hat, als eines der früheren Gesetzbücher. So wurde eine Unterlassungsklage zum Schutz der auf ein Unterlassen gerichteten Forderungsrechte anerkannt.

§ 762 des sächsischen B.G.B. lautete:

„Ist eine Forderung darauf gerichtet, daß der Verpflichtete etwas unterlassen soll, und hat er dem zuwider gehandelt, so kann der Berechtigte ... auf Beseitigung der dadurch herbeigeführten Aenderungen ... und auf Androhung einer Geldstrafe für weitere Zuwiderhandlungen klagen."

Aber gerade die eingehende gesetzliche Regelung war der Praxis an der Fortentwickelung der Unterlassungsklage hinderlich.

Auch für das Geltungsgebiet des Code civil, der bekanntlich auch in vielen Teilen Deutschlands gegolten hat, hat die Praxis Unterlassungsklagen in weitem Umfang anerkannt. Dem stand auch Art. 5 des Gesetzbuchs nicht entgegen, denn diese Bestimmung untersagte dem Richter nur, bei Entscheidung eines einzelnen Rechtsfalles, allgemeine Rechtsgrundsätze aufzustellen. Die Unterlassungsklage wurde gewährt zum Schutze des Namens-, Firmen-, Warenzeichen-, Patentrechts. Trotzdem aber gesetzliche Schranken nicht entgegenstanden, gelang es der Praxis nicht, eine allgemeine Unterlassungsklage zu schaffen. Das Reichsoberhandelsgericht hat zwar in den Entscheidungen vom 6. 3. 1890[8] und 8. 1. 1897[9] erklärt, eine Klage auf Unterlassung einer unrechten Tat sei zulässig, wenn das unrechte Verhalten bereits verwirklicht worden sei und mit der Klage auf Unterlassung die Fortsetzung des unrechten Verhaltens verhütet werden solle, aber dieser Satz ist nicht genügend begründet worden. Die Praxis hat ihn auch weder übernommen noch zu berichtigen versucht.

Die Voraussetzungen dieser Unterlassungsklagen waren dieselben wie im römischen Recht, das Ziel, Untersagung der künftigen Verletzung und, im Falle der Zuwiderhandlung, eine an den Kläger zu zahlende Geldstrafe.

In steter Entwicklung gaben dann das allgemeine deutsche Handelsgesetzbuch (seit 1869 Bundesgesetz) in Art. 27, das Gesetz zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs (1896) in den §§ 1, 6, 8, positive Vorschriften für die Unter-

8) R.G. Bd. 25 Nr. 75 S. 347.
9) R.G. Bd. 38 Nr. 99 S. 379.

lassungsklage, die durch spätere Gesetze und die Praxis noch erweitert wurden.

Das Ziel der Unterlassungsklage wurde, unter Abänderung der Landesrechte, durch § 775 der Z.P.O. von 1877 geregelt.[10]

Wir haben durch den kurzen geschichtlichen Ueberblick festgestellt, daß die Zahl der Unterlassungsklagen mit dem sich verfeinernden Rechtsgefühl und den sich steigernden Lebensbedürfnissen in stetem Wachsen begriffen war, ohne daß jedoch Theorie oder Praxis dazu gekommen wären, eine einheitliche Unterlassungsklage zu schaffen.

B. Die heute von der Praxis für das Gebiet der unerlaubten Handlungen gewährten Unterlassungsklagen.

Auch die heute gültigen Normen enthalten nur Stückwerke von Unterlassungsklagen. Trotzdem unsere heute geltenden Gesetze noch nicht sehr alt sind, war doch z. Zt. ihrer Entstehung das Bedürfnis nach einer allgemeinen Unterlassungsklage noch nicht derart dringend, daß man nicht annehmen konnte, mit den geschaffenen Normen auszukommen. Durch die schnelle Entwicklung des Kultur- und Verkehrslebens genügten jedoch bald die vorhandenen positiven Bestimmungen den geforderten Ansprüchen nicht mehr und die Praxis war gezwungen, sich selbst zu helfen.

Das Gesetz hat zwar in den §§ 12, 550, 577 S. 2, 581 Abs. 2, 862 Abs. 1, S. 2, 1004 Abs. 1, S. 2, 1027, 1029, 1053, 1065, 1068 Abs. 2, 1090 Abs. 2, 1134 Abs. 1, 1192 Abs. 1, 1227 B.G.B., § 11 Abs. 1 der Verordnung über das Erbbaurecht vom 15. 1. 1919, § 37 H.G.B., §§ 1, 3, 6, 8, 10—13, 14, 16 Unl.W.G. eine Klage auf Unterlassung vorgesehen. Auch hat man in Erweiterung dieser Rechtsgrundsätze den Unterlassungsanspruch, den § 1004 B.G.B. für die Beeinträchtigung des Eigentums gewährt, sei es direkt oder im Wege der Analogie auch für alle absoluten Rechte zugelassen,[1] sodaß insbe-

10) Vgl. Eltzbacher U.Kl. S. 67.

1) Vgl. R.G. 75, 398; Recht 1917 Nr. 2010 (Fischereirecht); R.G. 89, 216; 90, 49, 60 (Wassernutzungsrecht der Flußanlieger).

sondere das geistige und gewerbliche Eigentum: Urheber-, Muster-, Marken-, Patentrecht geschützt wurden.[2] [3]

Eine allgemeine Unterlassungsklage aber scheint auch heute nirgends im Gesetz vorgesehen. So haben sich denn, in Anerkennung eines dringenden Verkehrsbedürfnisses, durch die zum Teil recht schwankende Rechtsprechung, im Anschluß an die Entscheidungen des Reichsgerichts verschiedene Arten von Unterlassungsklagen herausgebildet.

Wir wollen zunächst einmal die Terminologie des Reichsgerichts übernehmen und sie als:

1. wiederherstellende,
2. deliktische,
3. quasi—negatorische Unterlassungsklage bezeichnen.

I. Die Schadensersatz- oder Beseitigungsklage (vom Reichsgericht wiederherstellende Unterlassungsklage genannt).

Das Reichsgericht[4] spricht von einer Unterlassungsklage auf Wiederherstellung des früheren Zustandes, wo eine begangene unerlaubte Handlung in ihren Folgen fortwirkt, oder wo die zu erwartende Wiederholung des Eingriffs den Charakter der Fortsetzung der Verletzung und der Schadenszufügung trägt.[5]

Das Reichsgericht gewährt mit anderen Worten diese „wiederherstellende Unterlassungsklage" unter folgenden Voraussetzungen:

1. Es muß der volle objektive und subjektive Tatbestand einer unerlaubten Handlung erfüllt sein.
2. Es muß sich um ein Dauerdelikt handeln, das heißt,

---

2) § 4 Pat. Ges., § 4 Gebr.Must.Ges., § 1 Must.Ges., § 11 Lit.Urh.Ges., §§ 1, 15 KunstUrh.Ges., § 12 War.Z.Ges., § 9 VerlagsGes., § 1 Phot.Ges.; vgl. ferner für das Patentrecht R.G. 101, 135; Gruch. 50, 1158; J.W. 1917, S. 222 Nr. 9; für das Geschmacksmuster R.G. 45, 61; für das literarische Urheberrecht R.G. 102, 142; L.Z. 1915, 1676; O.L.G. 31, 327.

3) Man kann sich schließlich auch durch Vertrag verpflichten, eine Handlung zu unterlassen, denn § 241 B.G.B. bestimmt ausdrücklich, daß die Leistung auch in einem Unterlassen bestehen kann. Dieser Fall ist jedoch von dem zu unterscheiden, daß vertraglich nur eine positive Leistung übernommen ist. Es hat in diesem Falle der Vertragsgegner keinen Anspruch darauf, daß das mit diesem Tun Unvereinbare unterlassen wird. Diese Unterlassungspflicht ist vielmehr nur eine Reflexwirkung der positiven Leistungspflicht.

4) Vgl. R.G. 77, 218; 82, 59; 88, 130; 91, 265.

5) Siehe auch Kom. d. R.G.R. Vorb. zu § 823 Anm. 6 II.

es muß ein schädigender Dauerzustand geschaffen sein, der sich als gegenwärtiges unerlaubtes Handeln darstellt.[6]

Dem Dauerdelikt werden eine Reihe von Einzelhandlungen, die sich in ihrem Gesamtumfange als eine Einheit darstellen, gleichgestellt, wenn eine ernstliche, auf Tatsachen begründete Wiederholungsgefahr besteht.

Es unterliegt wohl keinem Zweifel, daß diese, vom Reichsgericht als „wiederherstellende Unterlassungsklage" bezeichnete Klage durch die §§ 823 ff. in Verbindung mit § 249 ff. B.G.B. gesetzlich begründet ist, soweit sie sich darauf beschränkt, eine gegenwärtige Störung zu beseitigen. Tatsächlich handelt es sich bei dieser sogenannten wiederherstellenden Unterlassungsklage entweder um eine Schadensersatzklage oder um eine Beseitigungsklage deliktischer Folgen, welch' letztere, soweit sie nicht schon durch § 249 S. 1 B.G.B. gerechtfertigt ist, da im Gesetz als noch weitergehender Geldersatzanspruch anerkannt, ohne weiteres begründet ist.[7]

Rosenthal[8] wendet sich allerdings mit Recht gegen den Namen „wiederherstellende Unterlassungsklage", da eine die Wiederherstellung des früheren Zustandes bezweckende Unterlassungsklage eine begriffliche Unmöglichkeit sei.

Rosenthals Angriffe sind sicherlich insoweit berechtigt, als man für diese Klage den Namen Unterlassungsklage fallen lassen muß, da man unter diesem terminus technicus ein vorbeugendes Rechtsschutzmittel versteht, das sowohl in Voraussetzungen wie Wirkungen von der hier gewährten Klage grundverschieden ist. Das Reichsgericht wäre manchem Mißverständnis aus dem Wege gegangen und hätte viel Verwirrung vermieden, wenn es diese, sich gegen den widerrechtlichen Zustand eines gegenwärtigen unerlaubten Handelns richtende Klage einfach als Schadensersatzklage oder deliktische Beseitigungsklage bezeichnet hätte.

Daß Rosenthal aber einen Unterschied zwischen mittelbarer und unmittelbarer Wiederherstellung im Sinne von § 249

6) Vgl. auch Flad a.a.O. S. 356.

7) Der Kläger kann verlangen, daß der Beklagte die mit unrichtiger Angabe versehenen Gegenstände aus dem Verkehr zieht (Salinger in L.Z. 1919, 1209). R.G. in Mu.W. 16,277: Ist eine Verletzung aus unerlaubter Handlung entflossen und stellt in ihrer Fortsetzung eine solche dar, so entspricht es dem § 249 B.G.B., daß der Handelnde nicht die Früchte einer verbotswidrigen Handlung genießt; R.G. 56, 286: Der Verletzte kann seine Rehabilitation beanspruchen, wenn dem § 824 B.G.B. zuwider gehandelt worden ist; vgl. auch R.G. in J.W. 1914, 462; R.G. in L.Z. 1915, 133.

8) J.W. 1914 S. 1062; L.Z. 1918, 431; 1920, 673; 1921, 741; Unl.W.Ges. Seite 19/20.

B.G.B. machen will, scheint im Gesetz keinen Anhalt zu finden.[9]

Es sei nochmals betont, daß diese deliktische Beseitigungsklage den vollen Tatbestand einer unerlaubten Handlung (§§ 276, 823 ff. B.G.B.) voraussetzt. Hieraus folgt, daß ein Anspruch auf Beseitigung nur so weit in Frage kommen kann, als eine Verpflichtung des Beklagten zum Meiden der betreffenden Handlung vorliegt. Liegt beispielsweise der deliktische Tatbestand gar nicht in einem Verhalten des Verletzers (§§ 833, 835 B.G.B.), so kann diesem Tatbestand auch kein Anspruch auf Beseitigung entspringen.[10]

Ferner müssen alle die Fälle fortfallen, wo eine vollendete Zuwiderhandlung in die Rechtssphäre des Gegners noch nicht erfolgt ist, vielmehr erst durch vorbereitende Maßnahmen (Drohungen) angekündigt ist. Eine Schadensersatzklage bei bloßen Drohungen beispielsweise, wäre nur dann möglich, wenn die Drohung als solche bereits eine unerlaubte Handlung, z. B. eine Bedrohung im Sinne des § 241 St.G.B. darstellt.[11] Da andernfalls die Zuwiderhandlung selbst als der zum Ersatz verpflichtende Umstand noch gar nicht eingetreten ist, ist es auch noch nicht möglich, den Zustand herzustellen, der ohne ihr Eingetretensein bestehen würde. Der Ersatzanspruch aus § 249 B.G.B. entsteht frühestens d u r c h die Zuwiderhandlung.[12]

Die Zwangsvollstreckung richtet sich beim Beseitigungsanspruch nach den §§ 887 bis 888 a Z.P.O. durch Abgabe einer Willenserklärung §§ 894—896 Z.P.O.[13]

II. Die deliktische Unterlassungsklage als Unterart der negatorischen Unterlassungsklage.

Dem Dauerdelikt hat man, wie schon oben erwähnt, solche Störungen gleichgestellt, die nach Plan und Zweck eine Einheit bilden, z. B. anhaltende Störung des Nachbarn durch Kegeln, gewohnheitsmäßiges Gehen oder Fahren über ein fremdes Grundstück, häufiges Klavierspielen.

Das Reichsgericht gewährt in diesen Fällen die Unterlassungsklage dann, wenn der volle Tatbestand der §§ 823 ff.

9) So auch Salinger L.Z. 1919 S. 1208 Anm. 41.
10) Vgl. Lehmann a.a.O. S. 220 f.
11) Vgl. Ulrich a.a.O. S. 251.
12) So auch Lehmann a.a.O. S. 225.
13) Vgl. Salinger L.Z. 1919, 1216.

B.G.B. gegeben ist und eine ernstliche Wiederholungsgefahr des schädigenden Tuns besteht. Stephan[1] und Oertmann[2] weisen darauf hin, daß auch dieser Unterlassungsanspruch sich insoweit gegen einen gegenwärtigen Schaden richtet, als die Störung einen Zustand der Beunruhigung oder Verwertungsbeschränkung geschaffen hat, der eine wirtschaftliche oder wenigstens moralische Schädigung, welche durch die Besorgnis ihrer künftigen Wiederholung geschaffen wird, zur Folge habe. Der Schadensausgleich sei nur unvollkommen, wenn nicht auch für die Zukunft eine Maßnahme zur Sicherung des wie früher ungestörten Rechtsgenusses geschaffen werde.

Dennoch aber bietet der § 249 B.G.B. keine genügende Handhabe, einen derartigen Unterlassungsanspruch zu stützen. Was hat die Wiederherstellung des früheren Zustandes mit einer künftigen Unterlassung zu tun? Die geschehene Verletzung wird nicht dadurch ungeschehen gemacht, daß sie in Zukunft unterbleibt. Selbst wenn man bei zu besorgender Wiederholungsgefahr einen Zustand der Beunruhigung oder Verwertungsbeschränkung anerkennt und dem Beeinträchtigten ein Verbotsurteil gegen den Störer gewährt, so hat dieses Verbot doch mit einer künftigen Unterlassung nichts zu tun. Beruhigend wirkt die Gewähr der ferneren Unterlassung, nicht aber diese selbst.[3]

„Die Wiederholung der zu verbietenden Handlung würde den Beunruhigungszustand verlängern oder erneut hervorrufen; er wird aber nicht um deswillen durch die Unterlassung beseitigt".[4]

Der Begriff des Schadensersatzes ist dazu bestimmt, den durch gegenwärtige rechtswidrige Einwirkung gestörten Zustand wieder herzustellen, nicht aber Sicherung gegen künftige Störung zu gewähren.[5]

Wir haben es daher in diesem Falle nicht mit einer Schadensersatz-, sondern mit einer Unterlassungsklage zu tun. Da der mit der Klage zu erzielende Erfolg für die Zukunft wirken soll, kann man nicht mehr von einem ausgleichenden, sondern muß von einem vorbeugenden Rechtsschutzmittel reden.

---

1) a.a.O. S. 255.
2) D.J.Z. 04, S. 622.
3) Vgl. Salinger in Gruch. 64, 266.
4) So Flad a.a.O. S. 357.
5) Vgl. auch v. Tuhr a.a.O. § 6 S.153 f.

Was sollte ferner eine Schadensersatzklage mit Wiederholungsgefahr zu tun haben?

Den Ausgangspunkt für die vom Reichsgericht als deliktische Unterlassungsklage bezeichnete Klage bildet die Entscheidung vom 11. April 1905 in Bd. 48, S. 114 ff. Hier wird ausgeführt, daß, wenn das Gesetz auch im § 826 B.G.B. ausdrücklich nur eine Schadensersatzpflicht statuiere, so enthalte es doch der Sache nach darin zugleich den Ausdruck für eine Verbindlichkeit zur Unterlassung. Wenn das Gesetz aber ein Recht gewähre oder eine Verpflichtung auferlege, so müsse es auch die Möglichkeit gewähren, den Anspruch hierauf im Wege der Klage zu verfolgen. Ein solcher, durch Klage verfolgbarer Anspruch auf Unterlassung, sei bei dem Zutreffen von § 823 B.G.B. oder § 826 B.G.B. wenigstens da zu gewähren, wo ein unerlaubtes Verhalten bereits verwirklicht wurde, aber weitere Eingriffe zu besorgen sind, wo mit der Klage die Fortsetzung oder Vollendung der verübten, bezw. begonnenen Schädigung verhütet werden soll.

Das Bürgerliche Gesetzbuch habe, indem es einen Anspruch auf Unterlassung für einzelne Fälle besonders normiert habe (§§ 12, 862, 1004), die Zulassung eines solchen Anspruchs nicht für alle anderen dem Gebiete des Gesetzbuches angehörigen Fälle ausschließen wollen.[6]

Auch diese Klage ist als Schadensersatzklage nicht konstruierbar. Sie ist eine reine Unterlassungsklage und hat in ihrem Tatbestand ein Merkmal (das Verschulden) mehr als die Negatoria. Da dieser Unterschied aber die rechtliche Wirkung nicht beeinflußt, so folgt daraus, daß dieses Merkmal unerheblich ist. Eine Unterscheidung zwischen der negatorischen und deliktischen Unterlassungsklage zu machen, ist daher nur geeignet, Verwirrung zu erregen.[7] Gibt es sogar einen Unterlassungsanspruch, der Verschulden nicht voraussetzt, so ist damit der deliktische Unterlassungsanspruch überholt.

C. Die negatorische Unterlassungsklage.

Das Reichsgericht ist noch einen Schritt weiter gegangen und hat eine Klage auf Unterlassung selbst dann gewährt, wenn nur der objektive Tatbestand eines der §§ 823 ff. B.G.B.

6) Vgl. auch R.G. 53, 400; R.G. in J.W. 96, 709; 00, 896; 01, 13; 03, 128.
7) So auch H. Isay a.a.O. S. 243.

vorliegt, ohne daß es eines Verschuldens des Störers bedarf. Das Reichsgericht führt in Bd. 60 S. 6 ff. zur Begründung der geschaffenen Unterlassungsklage aus:

„Der Anspruch auf Unterlassung der Vornahme von Handlungen beschränkt sich nicht auf das Gebiet der unerlaubten Handlungen. Jeder auch nur objektiv widerrechtliche Eingriff in ein vom Gesetz geschütztes Recht berechtigt zu einer Klage auf Unterlassung, wenn weitere Eingriffe zu befürchten sind; das Schuldmoment kommt bei einer solchen Klage nicht in Betracht, ebensowenig die Wahrnehmung berechtigter Interessen. Die Billigkeit mag erfordern, die Schadensersatzpflicht nur beim Vorhandensein eines Verschuldens anzuerkennen, es ist aber ein Gebot der Gerechtigkeit, daß auch ohne ein solches gegen die Wiederholung auch nur objektiv widerrechtlicher Eingriffe ein Schutz gegeben werde (vgl. J.W. 99, S. 749, Nr. 26), damit der Zufügung weiteren Schadens vorgebeugt werde, dessen Ersatz sonst, wenn nicht nachträglich ein Verschulden hinzutreten sollte, ebenfalls nicht gefordert werden könnte. Seine gesetzliche Grundlage findet jener Schutz in der analogen Anwendung der Vorschriften der §§ 12, 862, 1004 B.G.B., dem durch einen widerrechtlichen Eingriff in ein durch das Gesetz geschütztes Rechtsgut Betroffenen steht eine actio quasi negatoria zu, wenn weitere Beeinträchtigungen zu befürchten sind."

In R.G. 61, 369 wird ausdrücklich aufrecht erhalten, daß diese vorbeugende Abwehrklage durch die analoge Anwendung der Bestimmungen der §§ 12, 862, 1004 B.G.B. gesetzlich begründet ist.

Die vorbeugende Unterlassungsklage wird also zunächst unter folgenden Voraussetzungen gewährt:

1. Es muß sich um einen objektiv widerrechtlichen Eingriff in ein geschütztes Rechtsgut der §§ 823, 824, 826 B.G.B. handeln.
2. Es muß ernstliche Wiederholungsgefahr begründet sein.

I. Gesetzliche Begründung der negatorischen Unterlassungsklage.

Die vom Reichsgericht gewissermaßen „kraft prätorischen Edikts"[1] geschaffene „quasi negatorische" Unterlassungsklage hat in der Literatur lebhaften Streit hervorgerufen. Namentlich

1) So Rosenthal L.Z. 18 S. 431.

ist viel darüber diskutiert worden, ob und wie die Klage gesetzlich begründet ist.

Dernburg[2] hält die geschaffene Unterlassungsklage für ein leuchtendes Beispiel der Entwicklung unseres bürgerlichen Rechts, die uns heute unentbehrlich erscheine. Lehmann[3] nennt sie eine Tat und einen Markstein auf dem Wege richterlicher Rechtsbildung. Rosenthal[4] bezeichnet sie als einen Triumph zweckentsprechender Rechtsverfolgung.

Auf der anderen Seite hält Salinger[5] die Tat des Reichsgerichts für einen Sprung ins Dunkle.

Man kann die verschiedenen Anschauungen im großen und ganzen in zwei Richtungen teilen:

1. Die Konstruktion des Unterlassungsanspruchs im Wege der Analogie auf der Grundlage der Verbotsgesetze.
2. Die Konstruktion des Unterlassungsanspruchs als Schadensersatzanspruch.

Eltzbacher will die Bestimmungen der §§ 12, 862, 1004 B.G.B. analog anwenden. Er sagt,[6] das Wesen des Rechts komme darin zum Ausdruck, daß man bald von einem Anspruch, bald von einem Rechtsgut rede, wo man ebensogut von einem Recht reden könne. Ein Recht sei die Tatsache, daß eine Rechtsvorschrift um jemandes Willen andere einschränke. Recht sei die begünstigende Seite der Rechtsnorm.[7] Auf diesem Wege kommt er zu der Ansicht, daß jede unerlaubte Handlung eine Verletzung eines subjektiven Rechts darstelle, infolgedessen die §§ 12, 862, 1004 B.G.B. analog auf die Unterlassungsklage anzuwenden seien.

Nach Enneccerus[8] soll nach Analogie der für die Ausschließungsrechte gegebenen Bestimmungen eine Unterlassungsklage gegeben sein; denn das in jenen Vorschriften hervortretende höhere Prinzip beschränke sich nicht auf die Verletzung subjektiver Rechte oder gar der Ausschlußrechte, sondern gehe dahin, daß der drohenden Wiederholung rechtswidriger, andere schädigender Handlungen ein Riegel vorgeschoben werden solle.

---

2) B.G.B. 1915 S. 776.
3) J.W. 19, 722 Anm.
4) U.Kl. S. 4.
5) Gruch. 64, S. 279.
6) U.Kl. S. 105, 120.
7) Handlungsfähigkeit Bd. I S. 61, 106, 107, 110, 111.
8) Bd. I, 2 § 465 I. 2.

Hellwig[9] unterscheidet zwischen Existenz und Klagbarkeit des Unterlassungsanspruchs. Ein Rechtschutzinteresse, das zu einer vollstreckbaren Verurteilung gemäß § 890 Z.P.O. führe, sei nicht schon darin begründet, daß eine Unterlassungspflicht bestehe. dem widersprächen die positiven Einzelvorschriften des B.G.B., die erfolgten Eingriff und Wiederholungsgefahr erforderten, die geschichtliche Entwicklung und die Natur der Sache. Sei der Eingriff erfolgt und Wiederholung zu befürchten, so sei die Klagbarkeit kraft Analogie auch für die im Gesetz nicht besonders aufgeführten Fälle begründet. Wo wir ein Herrschaftsrecht haben, lehrt er, haben wir einen gegen jeden Nichtberechtigten gerichteten Anspruch auf Unterlassung seiner Beeinträchtigung. Dahin zählen nicht nur Urheber- und Erfinderrechte, sondern auch das Persönlichkeitsrecht, als das Recht, die Persönlichkeit im Rahmen des Gesetzes frei zu betätigen, wovon Namensrecht, das Recht auf körperliche Integrität und Freiheit, auf Achtung der eigenen Ehre und der Ehre gewisser Angehörigen usw. nur einzelne Ausflüsse sind. Liege also eine Verletzung des Unterlassungsanspruchs vor und drohe Wiederholungsgefahr, dann sei die Klage schon nach den aus den Vorschriften des B.G.B. zu gewinnenden Grundsätzen zugelassen.

Hellwig vertritt aber die Klagbarkeit auch schon gegenüber der erstmalig drohenden Verletzung auf Grund des § 259 Z.P.O. Er betrachtet die mit der Klage begehrte Unterlassung als künftige Leistung und glaubt, daß die Einzelbestimmungen des B.G.B. durch diese — als später bezeichnete, der Z.P.O. von 1900 neu eingefügte — Bestimmung überflüssig geworden seien. In seinem „System" modifiziert er das Ergebnis dahin, daß es bei den Bestimmungen des B.G.B. und den daraus abgeleiteten Grundsätzen bewende, für den Fall drohender Wiederholung. Dagegen ergänze § 259 Z.P.O. jene Vorschriften für den Fall, daß die Störung im bösen Willen (d. h. in Kenntnis der Unterlassungspflicht) erfolge. Diese Voraussetzung finde sich ihrerseits nicht in den Vorschriften des B.G.B., die an dieser Stelle gegenüber § 259 Z.P.O. als lex specialis (für die Wiederholung) bezeichnet werden.

Auf der anderen Seite behauptet Salinger[10], die neugeschaffene Unterlassungsklage finde im Gesetz überhaupt keine

9) Anspruch und Klagrecht, S. 388—398.
10) Gruch. 64 S. 269 f.

Grundlage. Die Aufstellung des allgemeinen Rechtssatzes, daß jedes gesetzlich geschützte Recht und Rechtsgut bei bloß objektiver Störung zur Unterlassungsklage berechtige, sei keine analoge Gesetzesanwendung mehr. Salinger schlägt, um eine vorhandene Lücke im Gesetz zu beseitigen, die Fassung eines neuen § 824 a vor.

Auch Oertmann[11] und Stephan[12] finden für die Unterlassungsklage im Gesetz eine Grundlage nur, wenn der volle Tatbestand der § 823 ff. B.G.B. erfüllt ist und der zu erzielende Erfolg sich als Naturalrestitution im Sinne des § 249 B.G.B. darstellt.

Gehen wir zunächst einmal näher auf die Theorie Eltzbachers ein. Wie schon erwähnt, sagt Eltzbacher[13], daß „Recht die begünstigende Seite der Rechtsnorm" sei und daß es nichts anderes als die Stellung dessen darstelle, „zu dessen Gunsten eine Rechtsnorm etwas vorschreibt". Wäre diese Behauptung richtig, so würde sich tatsächlich aus jeder Rechtsnorm, die um eines anderen willen eine Handlung verbietet, ein Verbotsrecht des Geschützten ergeben. Dieses Recht aber würde fraglos, wenn es verletzt wäre, nach Analogie der §§ 12, 862, 1004 B.G.B. eine Klage auf Unterlassung rechtfertigen.

Ob ein derartiges Recht de lege ferenda zu billigen wäre, mag dahingestellt bleiben, jedenfalls ist es de lege lata keinesfalls begründet.

Wenn Lehmann meint,[14] daß die Definition Eltzbachers sich mit der viel bekämpften Begriffsbestimmung des subjektiven Rechts Iherings[15] als eines rechtlich geschützten Interesses nicht deckt, sondern „die Klippen glücklich vermeidet, die bei der Vorausstellung des substantiellen Elementes im subjektiven Recht drohen", so ist zwischen der Theorie Iherings und der Eltzbachers doch im Prinzip kaum ein Unterschied zu finden. Es wird mit Oertmann[16] und Stephan[17] damit übereinzustimmen sein, daß „die Stellung dessen, zu dessen Gunsten eine Rechtsnorm etwas vorschreibt" mit dem Interesse, das der Begünstigte an der Beobachtung der Rechtsnorm hat,

11) D.J.Z. 04 S. 622 f.
12) a.a.O. S. 153 ff.
13) U.Kl. S. 105, 120.
14) Lehmann a.a.O. S. 64.
15) Geist des Röm. R. Bd. 3 S. 327—350; vgl. auch Dernburg, Pand. Bd. 1 § 39; Bürg. Recht Bd. 1 § 41; Kohler in Jherings J. 18. S. 186.
16) D.J.Z. 04 S. 616 ff.
17) a.a.O. S. 144.

identisch ist, ebenso wie „die begünstigende Seite der Rechtsnorm" gleich dem durch die Begünstigung geschaffenen Interesse ist.

Wenn die Annahme Eltzbachers stimmte, müßte man zu einer Unzahl, auf Nicht-Vornahme aller möglichen verbotenen Angriffe gerichteten, subjektiver Rechte kommen, die jedoch in anderer Beziehung durchaus nicht als solche behandelt sind, d. h. den für diese geltenden Regeln unterstellt sind.

Klar sprechen die Argumente Oertmanns gegen die von Eltzbacher vertretene Auffassung. Nach § 328 Abs. 2 B.G.B. ist in Ermangelung einer besonderen Bestimmung aus den Umständen, insbesondere aus dem Zwecke des Vertrages zu entnehmen, ob der Dritte ein Recht erwerben oder ob es bei der sonst in dem Vertrage geschaffenen Rechtsposition des Dritten sein Bewenden haben soll. Zum Unterschied hiervon ist der Dritte durch § 328 Abs. 1 B.G.B. unmittelbar durch den Vertrag berechtigt. Deutlich tritt also in diesem Falle der Unterschied zwischen Recht und bloßem Interesse zu Tage. Ferner macht das Gesetz in § 2174 B.G.B. und § 2194 B.G.B. einen Unterschied zwischen Vermächtnis und Auflage. Der Begünstigte erhält wohl durch das Vermächtnis, nicht aber durch die Auflage ein Recht auf Leistung.

Auch ist der Unterschied der in § 823 Abs. 1 B.G.B. behandelten Verletzung subjektiver Rechte und der in Abs. 2 behandelten Verletzung eines den Schutz eines andern bezweckenden Gesetzes zu beachten. Wäre das subjektive Recht nichts anderes als die Stellung desjenigen, zu dessen Gunsten die Rechtsnorm etwas vorschreibt, so müßte schon durch das Schutzgesetz ein Recht des Begünstigten geschaffen sein. In diesem Falle aber wäre der Absatz 2 des § 823 B.G.B. völlig überflüssig, da das Recht des durch das Schutzgesetz Begünstigten schon durch Absatz 1 vollkommen umfaßt wäre.

Nach all diesen Ausführungen dürfte sich die Theorie Eltzbachers für das geltende Recht nicht halten lassen, sie ist auch auf die Praxis ohne Wirkung geblieben. Wenn auch das Reichsgericht in R.G. 60, 7 von einem „durch das Gesetz geschützten Rechte" spricht, wo nach seiner Ansicht nur ein Rechtsgut in Frage stand, so scheint es sich doch nur um eine unrichtige Ausdrucksweise zu handeln, denn in keinem seiner weiteren Urteile kehrt eine derartige Formulierung wieder. Nach den Entscheidungen R.G. 51, 373; 56, 275; 58, 28;

Recht 1913 Nr. 197 ist es auch völlig ausgeschlossen, daß sich das Reichsgericht der Theorie Eltzbachers angeschlossen hat.

Auch der Versuch von Enneccerus, die Unterlassungsklage zu begründen, kann wenig befriedigen. Man weiß nicht recht, wo er das „höhere Prinzip", daß der drohenden Wiederholung rechtswidriger, andere schädigender Handlungen ein Riegel vorgeschoben werden soll, herleiten will. Aus dem Gesetz selbst lassen sich jedenfalls Anhaltspunkte für einen derartigen Analogieschluß nicht entnehmen. Im Gegenteil wird das subjektive Recht vom bloßen Rechtsgut streng geschieden. So argumentiert auch Ulrich[18] ganz richtig gegen Enneccerus, daß, wenn auch die Verletzung des subjektiven Rechts immer zugleich eine solche des objektiven Rechts, der Rechtsordnung sei (Gierke, Deutsch.Priv.R. in Bindings Handbuch der deutschen R.-Wissenschaft, Leipzig 1895 Bd. 1 S. 252; Kipp, Rechtsverletzung 3), so könne doch nicht bezweifelt werden, daß der den absoluten Rechten inne wohnende Anspruch auf Unterlassung nur aus der Verletzung des subjektiven Rechts erwachse. Das Verbot der Vornahme einer unerlaubten Handlung dagegen richte sich gegen ein Verbot einer Verletzung des objektiven Rechts. Wenn nun Enneccerus hier analog eine Unterlassungsklage gewähre, so dehne er damit den aus der Verletzung eines subjektiven Rechts hervorgehenden Anspruch auf eine Verletzung der Rechtsordnung aus. Da aber jede Verletzung des subjektiven Rechts auch eine Verletzung des objektiven sei, so würde das dazu führen, daß in allen Fällen einer Verletzung des objektiven Rechts ein Unterlassungsanspruch entstünde. Träger des Anspruchs wäre der jeweils durch die Verletzung Betroffene. Warum aber sollte, wenn jede Verletzung der Rechtsordnung einen Unterlassungsanspruch nach sich ziehen würde, dieser nur gerade bei der Verletzung der Rechtsordnung durch den Angriff auf ein subjektives Recht erwähnt sein?

Schließlich haben Jacobsohn[19] und Ulrich[20] ganz recht, wenn sie darauf hinweisen, daß bei der Loslösung der Unterlassungsklage von einem subjektiven Recht, die bei der Klage erforderliche Wiederholungsgefahr streng genommen schon

18) a.a.O. S. 241/42.
19) a.a.O. S. 109.
20) a.a.O. S. 243.

dann vorhanden wäre, wenn bei einer bereits vollendeten Störung irgend eine weitere, sich gar nicht gegen dasselbe Angriffsobjekt der ersteren richtende Beeinträchtigung (Leben, Eigentum) zu befürchten wäre.

Hellwig[21] läßt die Unterlassungsklage schon zu, ohne daß eine Wiederholung zu besorgen ist, unter der Besorgnis, daß sich der Schuldner der rechtzeitigen Leistung entzieht. Man kann die Lehre Hellwigs nicht eigentlich als besondere Theorie bezeichnen. Er versucht nur den Nachweis, daß die prozeßrechtliche Seite der Unterlassungsansprüche durch den § 259 Z.P.O. allgemein, unter Aufhebung materieller Sondervorschriften, geregelt sei. Er will also nur die prozessuale Durchführung eines bereits vorhandenen Anspruchs auf eine allgemeine breitere Basis stellen.

§ 259 Z.P.O., der durch die Novelle von 1898 geschaffen worden ist, sagt:

„Klage auf künftige Leistung kann... erhoben werden, wenn den Umständen nach die Besorgnis gerechtfertigt ist, daß der Schuldner sich der rechtzeitigen Leistung entziehen werde."

Es fragt sich zunächst, ob unter künftiger „Leistung" im Sinne dieses Paragraphen nur das positive Element der Leistung gemeint ist oder ob dieser Gesetzesbestimmung auch die Unterlassung subsumiert ist.

In der Literatur herrscht Streit über diese Frage. Vor allen Dingen vertritt Stein[22] die Ansicht, daß § 259 Z.P.O. nur in Beziehung auf positive Leistungen gemeint und anwendbar sei. Ihm hat sich Flad[23] angeschlossen.

U. E. wird dieser Standpunkt von den genannten Autoren zu Unrecht eingenommen. Flad sagt, der § 259 Z.P.O. wolle insoweit eine Klage auf künftige Leistung geben, als bereits anderweit eine Klage auf die fällige Leistung gegeben sei und somit lediglich die seinerzeitige Vollstreckung der Leistung nach Eintritt ihrer Fälligkeit sicherstellen. Dieser Gedanke aber könne doch wohl nur künstlich auf die Zuwiderhandlung gegen eine Unterlassungspflicht umgedacht werden. Es ist aber gar nicht einzusehen, weshalb im Falle der Zuwiderhandlung gegen eine Unterlassungspflicht von einer künstlichen Umbildung des oben dargelegten Gedankenganges gesprochen

21) Klagr. u. Anspr. S. 393; vgl. auch Lehrbuch I S. 373.
22) a.a.O. S. 119.
23) aa.O. S. 351.

werden sollte. Weshalb sollte man nicht vor der Zuwiderhandlung einer Unterlassungspflicht (§ 241 B.G.B.) gegen einen Schuldner klagen können, wenn zu befürchten steht, daß er seiner Verpflichtung zuwiderhandelt, sich also der rechtzeitigen Leistung entziehen werde?

Dem § 259 Z.P.O. liegt derselbe Begriff zugrunde, der im § 241 Satz 2 B.G.B. zum Ausdruck gekommen ist. Auch bestehen, wie Stephan[24] mit Recht sagt, keine logischen Bedenken, die darauf schließen lassen, daß die Unterlassung, ähnlich etwa wie in §§ 362 ff. B.G.B. nicht unter dem Wort Leistung gemeint sein kann.[25]

Auf dem Standpunkt, daß § 259 Z.P.O. auch auf zukünftige Unterlassung Anwendung finden kann, stehen auch v. Tuhr[26], Enneccerus[27], IPlanck[28], Stephan[29].

Dennoch aber kann mit Hellwig nicht angenommen werden, daß § 259 Z.P.O. als lex posterior die Vorschriften der §§ 12, 862, 1004 B.G.B. erweitere, indem er eine bereits vorangegangene Zuwiderhandlung überflüssig mache. Erstens fragt es sich, ob § 259 Z.P.O. dem B.G.B. gegenüber überhaupt das jüngere Gesetz ist, denn er ist mit diesem am 1. Januar 1900 in Kraft getreten. Ferner spricht gegen Hellwig, daß der Anspruch auf ein dauerndes Unterlassen nicht nur auf etwas Künftiges, sondern auch auf etwas Gegenwärtiges geht.[30]

Schließlich sagt Mannhardt[31] ganz richtig, daß § 259 Z.P.O. von „Leistung" spreche, während der aus der deliktischen Verletzung eines Rechts oder Rechtsguts hervorgehende Anspruch auf Unterlassung aber niemals Leistung im Sinne dieser Gesetzesstelle sein könne. Eine auf Vertrag beruhende Forderung auf Unterlassung könnte beispielsweise gemäß § 259 Z.P.O. schon geltend gemacht werden, bevor eine Zuwiderhandlung stattgefunden hat, wenn zu befürchten ist, daß der Schuldner der Verletzung zuwiderhandelt, also sich der rechtzeitigen Leistung entziehen werde. Der Unterlassungsanspruch

---

24) a.a.O. S. 63.
25) Darauf, ob oder wie weit eine Unterlassung einer Erfüllung im Sinne des Gesetzes fähig ist, kann im Rahmen dieser Arbeit nicht näher eingegangen werden. Vgl. über diese Kontroverse Stephan S. 35 ff.; Lehmann S. 208 ff.
26) a.a.O. I S. 252.
27) a.a.O. Bd. I, 2 § 228 I.
28) § 1004 Erl. 2 b β S. 521.
29) a.a.O. S. 69.
30) Vgl. Oertmann D.J.Z. 04 S. 622; Lehmann a.a.O. S. 93; Ulrich a.a.O. Seite 226.
31) D.J.Z. 03 S. 416 ff.

aus rechtswidrigem Verhalten aber ist von der auf Rechtsgeschäft beruhenden Verpflichtung auf Unterlassen wesentlich verschieden.

Auch das Argument des Reichsgerichts, daß, wenn das Gesetz einen Schadensersatzanspruch gewähre, es ganz sicher auch einen Unterlassungsanspruch gebe, kann nicht richtig sein. Das absolute Recht äußert sich infolge seiner ausschließenden Kraft negatorisch. Eine analoge Anwendung aber der für die Ausschlußrechte geltenden Bestimmungen auf bloße Rechtsgüter dürfte, wie Salinger ganz richtig sagt,[32] nicht möglich sein. Schon die Tatsache, daß der Entschädigungsanspruch im 25. Titel des B.G.B. nur aus einem schuldhaften Verstoß gegen die hier genannten gesetzlichen Bestimmungen entspringt, läßt erkennen, daß die Grundlage des im Gesetz ausgesprochenen Unterlassungsanspruchs durchaus von der Grundlage des Ersatzanspruchs verschieden ist. Der Unterlassungsanspruch ist im Verhältnis zum Entschädigungsanspruch nicht ein minus sondern ein aliud, was daraus ersichtlich ist, daß er neben diesem Anspruche besteht. Er besteht auch dann, wenn der Verletzte keinen Schaden erlitten hat und ist an Voraussetzungen gebunden — Wiederholungsgefahr — die für den Schadensersatzanspruch nicht bestehen.[33] Bei dem Anspruch auf Schadensersatz kann der Schuldner den Gläubiger in Geld entschädigen, wenn die Herstellung nur mit unverhältnismäßigen Aufwendungen möglich ist (§ 251 Abs. 2 B.G.B.), wohingegen diese facultas alternativa des Schuldners bei der Negatoria entfällt. Der Störer kann sich mit anderen Worten nicht durch Geldleistung von seiner Unterlassungspflicht befreien.

Hierüber kann man sich auch nicht hinwegsetzen, wenn man die geschaffene Klage als quasi negatorische oder quasi deliktische bezeichnet. Dem bürgerlichen Gesetzbuch ist der Begriff eines von dem subjektiven Privatrechte verschiedenen, diesem Rechte jedoch in gewissen Beziehungen entsprechend zu behandelnden Rechtsguts oder rechtlichen Interesses völlig fremd.[34]

Es ist auch nicht richtig, wenn man konstruiert, die Gewährung des Ersatzanspruchs bedeute zwar nicht die un-

32) Gruch. 64, 269 f.
33) Vgl. auch Salinger in Gruch. 64, 265; Lehmann a.a.O. S. 227.
34) So Salinger Gruch. 64, 268.

mittelbare Verleihung einer Unterlassungsklage, aber sie bedeute die Erhebung der durch die absoluten Störungsverbote geschaffenen vorteilhaften Rechtslage des Begünstigten zum Ausschlußrecht. Aus diesem entspringe dann eine quasi negatorische Klage nach den Bestimmungen der §§ 12, 862, 1004 B.G.B.. § 823 B.G.B. macht nämlich einen Unterschied zwischen Recht und einem durch Schutzgesetz geschützten Interesse, wenn nicht der Gegensatz zwischen Absatz 1 und Absatz 2 des § 823 B.G.B. völlig nichtssagend sein soll. Machen aber die Rechtsverbote, die in den außerhalb des B.G.B. bestehenden Schutzgesetzen enthalten sind, wie Strafe und Buße die Position des Geschützten nicht zu einem Recht, so kann es auch nicht die im § 823 Abs. 2 B.G.B. ausgesprochene Rechtsfolge der Ersatzpflicht tun.[35]

Es muß daher festgestellt werden, daß die Konstruktion des Unterlassungsanspruchs aus dem Schadensersatzanspruch nicht möglich ist. Einen Unterlassungsanspruch aus unerlaubter Handlung gibt es nicht.

Dennoch könnte man die §§ 12, 862, 1004 B.G.B. analog anwenden, wenn die in dem § 823 B.G.B. aufgeführten schutzwürdigen Interessen als subjektive Rechte anzusprechen wären.[36] Es ist jedoch sicher, daß man die im § 823 B.G.B. genannten Güter: Das Leben, den Körper, die Gesundheit und die Freiheit nicht selbst als Rechte bezeichnen kann. Man könnte allenfalls von einem Rechte auf oder am Leben auf körperliche Integrität usw. sprechen. Hier tritt uns der in der Literatur ebenso sehr verfochtene wie angefeindete Begriff des Persönlichkeitsrechts entgegen.

Wir können uns im Rahmen dieser Arbeit nicht versagen, auf die Natur und das Wesen des Persönlichkeitsrechtes näher einzugehen.

Die Lehre von dem Rechte der Persönlichkeit baut sich auf die Forschungen von Gierke, Regelsberger und Kohler auf.

Gierke[37] definiert die Persönlichkeitsrechte als Rechte, die ihrem Subjekte die Herrschaft über einen Bestandteil der eigenen Persönlichkeitssphäre gewährleisten. Die Persönlichkeitsrechte unterscheiden sich nach ihm von dem allgemeinen

35) So Lehmann a.a.O. S. 228; Oertmann D.J.Z. 04 S. 620.
36) Wenn Fuchs J.W. 1925 S. 32 dartut, daß auch da, wo die quasi negatoria im Gesetz nicht genannt sei, sie in seinem — nach § 242 B.G.B. als gut zu denkenden — Geist liege, so geht eine solche Begründung doch wohl zu weit.
37) a.a.O. § 81 I S. 702.

Rechte der Persönlichkeit, das in dem von der Rechtsordnung gewährleisteten allgemeinen Anspruch besteht, als Person zu gelten. Die Fähigkeit, Rechtssubjekt zu sein, heiße Persönlichkeit. Aus ihrer Anerkennung durch Rechtssatz fließe das Recht der Persönlichkeit.[38]

Vieles sei hier noch im Werden. Darum seien die Grenzen zwischen den besonderen Persönlichkeitsrechten und dem allgemeinen Rechte der Persönlichkeit zum Teil fließend und unsicher. Jedenfalls erschöpften die in feste Formen gegossenen Persönlichkeitsrechte nicht den an sich hierfür geeigneten Stoff. Vielmehr ließen sie empfindliche Lücken. Zur Ausfüllung solcher Lücken müsse da, wo das Rechtsbewußtsein der Gegenwart dies heische, auf das allgemeine Recht der Persönlichkeit zurückgegriffen werden, bis aus ihm ein neues, besonderes Recht herausgeholt sei.

Als Arten der Persönlichkeitsrechte führt Gierke an: Leib und Leben, Freiheit, Ehre, Zustandsrechte (angeborene und erworbene, z. B. Recht der Zugehörigkeit zu einem Geburtsstande, Adel, Kaufmannseigenschaft), das Recht der freien Betätigung der eigenen geistigen und leiblichen Kräfte innerhalb der von der Rechtsordnung gezogenen Schranken, Namen- und Zeichenrecht, Urheberrecht.

Nach Regelsberger[39] genießt der Mensch schon für seine Person, d. h. für sein Dasein und die Betätigung seiner Körper- und Geisteskräfte, ohne Beziehung auf eine bestimmte Sache und auf bestimmte andere Personen in gewissem Umfange Rechtsschutz. Im übrigen wird nach ihm der Rechtsschutz gewährt für: Leben, körperliche, und geistige Unversehrtheit, Freiheit, Ehre mit Einschluß des guten Namens im Geschäftsverkehr und des Kredits, Namen, Firma, Marke, dem Genuß der immateriellen Güter wie wissenschaftliche und künstlerische Erzeugnisse, Erfindungen. Diese Gegenstände seien mit der Individualität ihres Trägers aufs engste verknüpft, bildeten den rechtlich geschützten Kreis des Individuallebens. Das Persönlichkeitsrecht begleite alle anderen Rechte, denn alle Rechte hätten in der Person den Träger.

Das Recht der Persönlichkeit sei ein Rechtszentrum wie das Eigentum und die väterliche Gewalt und könne ebensowenig wie diese in seine einzelnen Befugnisse zerlegt wer-

38) a.a.O. I. § 30 I. S. 265.
39) Pand. I § 50 s. 197 ff.

den. Es dürfe nicht für jede einzelne Tätigkeit ein besonderes Individualrecht aufgestellt werden, aber es könnten sich solche herausbilden, wie es in dem Individualrecht auf den Namen, die Firma, die Gewerbemarke geschehen sei.

Kohler[40] lehrt, daß zu den Rechten vor allem das Recht der Persönlichkeit gehöre, das sich kundgibt im Schutz der Person überhaupt. Seinem Inhalt nach bestimmt er es als das Recht, zu verlangen, daß die Person als vollgültige, sittliche und geistige Persönlichkeit anerkannt werde,[41] in seiner Enzyklopädie[42] als ein Recht darauf, daß die Person in ihrem unverrückbaren Anspruch auf Sein und Entwicklung gewahrt und nicht wider Recht angetastet werde. In seinem Autorrecht[43] definiert er das Individualrecht als „das Recht an der Gesamtheit der persönlichen Güter, welches Recht die integre Benutzung dieser Güter und den integren Genuß derselben garantiert; wohl aber gibt es neben diesen Gütern genossenschaftliche Einrichtungen und Schutzanstalten, wie Namen, Firma, Marke, welche zur Ausscheidung und Individualisierung dem jeweiligen Funktionär gegeben sind, ebenso wie der Eigentümer seine Folioseite im Grundbuch und seine unantastbaren Grenzmale hat."

Das Persönlichkeitsrecht habe verschiedene Ausladungen, wie Recht auf Leben, Gesundheit, Ehre, Gewerbefreiheit; ferner bestünden Nebenrechte in der Art, daß an die Persönlichkeit sich bestimmte Einrichtungen anschließen, die der Person zukommen, um ihr Personenrecht zu befestigen; zu diesen Einrichtungen gehöre der Name.[44, 45]

40) Lehrbuch § 190.
41) Vgl. H. Isay a.a.O. S. 140.
42) S. 587, 622.
43) S. 129.
44) Enzykl. S. 587.
45) Kohler scheidet zwischen Individual- und Immaterialgüterrecht. Nach ihm gehört das erschaffene Werk zu dem Immaterialgüterrecht, das er als Recht an einem außerhalb des Menschen stehenden, nicht körperlichen, nicht faß- und greifbaren Rechtsgut bezeichnet. Vgl. H. Isay a.a.O. Anhang zu § 1 und 2 Anm. 1 S. 109 f.: „An der Erfindung sind, und zwar auch schon vor der Anmeldung zwei verschiedene Arten von Rechten möglich. Das eine Recht soll die wirtschaftliche Ausnutzung der Erfindung ermöglichen und zwar völlig losgelöst von der Persönlichkeit des Erfinders, das andere soll den Genuß der Erfindung insoweit gewährleisten, als dieser von der Persönlichkeit des Erfinders untrennbar ist. Das erstere ist also ein reines Vermögensrecht, das von Kohler wegen seines unkörperlichen Gegenstandes als Immaterialrecht bezeichnet worden ist (Handbuch des Patentrechts S. 55 ff.; Dernburg-Kohler S. 223), das letztere ein reines Persönlichkeitsrecht (Kohler: Individualrecht, Handbuch S. 921 ff.; Lehrbuch S. 227). Der wesentliche Unterschied liegt darin, daß das erstere vererblich und veräußerlich ist, das letztere nicht. Beides sind selbständige, voneinander unabhängige Rechte; es ist denkbar, daß das Vermögensrecht sofort in der Person eines anderen entsteht, als das Persönlichkeitsrecht (Erfindungen von Angestellten).

Sieht man sich das Persönlichkeitsrecht einmal näher an, so muß man zunächst feststellen, daß bei ihm ein Rechtsobjekt[46] fehlt. Das Rechtssubjekt steht, durch den ihm von der Rechtsordnung zur Verfügung gestellten Komplex von Imperativen — subjektiv von dem Rechtssubjekt betrachtet — im Gegensatz zu dem von ihm beherrschten unpersönlichen Rechtsobjekt. Vom objektiven Standpunkt der Rechtsordnung heißt dieses Objekt Schutzobjekt.

Dieses Fehlen eines Bestandteils des subjektiven Rechts[47] hat dazu geführt, ein künstliches Rechtsobjekt zu konstruieren. Man spricht von einem Recht am eigenen Körper und denkt dabei an das Herrschaftsverhältnis des Rechtssubjekts über den eigenen Körper, obwohl der Körper zwar für die Rechtsordnung Schutzobjekt, aber für das Rechtssubjekt nicht Objekt ist. So Gareis[48], der von dem Recht der Person über den Körper und seine Glieder spricht. Von dieser, dem Recht an der Sache nachgebildeten Vorstellung muß man sich u. E. befreien. Daß aber dem Persönlichkeitsrecht das Rechtsobjekt fehlt, kann man noch nicht zum Ausgangspunkt davon machen, das Recht der Persönlichkeit überhaupt abzulehnen. Nach Kohler ist der Einwand, daß es kein Recht an der eigenen Person geben könne, weil es am Gegenstand des Rechts fehle, „Scholastische Skepsis".[49] Das Subjekt — Ich sei genügend als Rechtssubjekt, wie das Objekt als Objekt — Ich. An anderer Stelle führt er aus,[50] daß der Vorwurf, die Persönlichkeit könne nicht zugleich Rechtssubjekt und Rechtsobjekt sein, von der irrigen Unterstellung ausgehen, als ob das Ganze nichts sei, als die Summe seiner Teile; dies sei aber nicht der Fall, sondern der Effekt der Zusammenwirkung aller Teile bilde eine neue Größe, welche den Teilen selbständig gegenüber stehe; ebenso wie der Staat aus den einzelnen Individuen bestehe und doch eine über ihnen stehende Größe sei.

---

46) Vgl. Gierke I §§ 30, 31.
47) Man denke an das Recht der Ehre.
48) Indem Gareis von der vom Recht anerkannten Herrschaft des Subjekt-Ichs über die dem Ich dienenden körperlichen und geistigen Kräfte spricht und dieses Subjekt-Ich nicht nur für das Recht am eigenen Körper, sondern für alle Rechte und rechtlichen Pflichten einsetzt, kommt er dazu, dieses Recht am eigenen Körper für die Grundlage aller rechtlichen Verpflichtungsmöglichkeiten zu erklären. ... ein Ich, das nicht die rechtliche Herrschaft über seine körperlichen Kräfte hat, also nicht Körperherr ist, kann sich niemals zu Handlungen irgendwelcher Art verpflichten". a.a.O. S. 74, 95 f.
49) Eigenbild im Recht S. 6.
50) Autorrecht S. 126.

Diese Konstruktion erscheint jedoch ebenso künstlich, wie man mit Gierke's Definition der Persönlichkeitsrechte als Rechte, die ihrem Subjekte die Herrschaft über einen Bestandteil der eigenen Persönlichkeitssphäre gewährleisten, nicht weiterkommt. Mit Recht zählt Lobe[51] die Persönlichkeitssphäre zu jenen Worten, die sich zur rechten Zeit einstellen, wo die Begriffe fehlen.

Das Rechtsobjekt ist nach der Eigenart der jeweiligen Rechtsmaterie variabel. Wenn der Unterschied zwischen Subjekt und Objekt im Sachenrecht deutlich in die Erscheiung tritt, so kann er doch schon im Familienrecht nicht mehr ganz klar festgestellt werden. Bei den Persönlichkeitsrechten ist das Objekt, der Eigenart dieser Rechte gemäß, ganz imaginär. Man sagt daher u. E. besser, um künstlichen und verfehlten Konstruktionsmöglichkeiten vorzubeugen, dem Persönlichkeitsrecht fehlt das Rechtsobjekt. —

Nach Gierke heißt die Fähigkeit, Rechtssubjekt zu sein, Persönlichkeit. Er geht also davon aus, daß dem Menschen mit seiner Anerkennung als Rechtssubjekt eo ipso, d. h. ohne besondere Rechtssätze eine Reihe Normen zu Gebote steht. Diesem Standpunkt nähert sich auch Regelsberger, wenn er ausführt, daß das Persönlichkeitsrecht alle anderen Rechte begleite, denn alle Rechte hätten in der Person den Träger.

Diese Auffassung der beiden Schriftsteller kann jedoch nicht richtig sein. Rechtssubjekt und Persönlichkeit sind voneinander unabhängig. Die Anerkennung des Menschen als Rechtssubjekt ist zwar das Grundelement einer jeden Rechtsordnung, zuerst ist das Rechtssubjekt notwendig, um Rechte zu haben und Träger von Rechten zu sein. Aber aus der Anerkennung des Menschen als Rechts- und Pflichtensubjekt geht für Inhalt und Umfang des Schutzes nichts hervor und Kohler hat ganz recht, wenn er die Rechtssubjektivität solange als hohles Gefäß ohne Inhalt bezeichnet, als nicht Güter vorhanden sind, deren Genuß dem Rechtssubjekte durch die Rechtsordnung gesichert wird.[52] Der Begriff des Persönlichkeitsrechts kann nicht im Zusammenhang mit dem formaljuristischen Begriff der Rechtspersönlichkeit gebildet und verstanden werden: Der Begriff der reinen menschlichen Persönlichkeit besteht vielmehr unabhängig von der Rechtsordnung.[53]

51) Unl.W.Ges. S. 164.
52) Autorrecht S. 127.
53) So Schulz-Schaeffer a.a.O. S. 133.

Es muß daher abgelehnt werden, von einem allgemeinen Persönlichkeitsrecht zu reden, das so selbstverständlich ist, daß es von der Rechtsordnung nicht erwähnt wird.

Sieht man sich die Rechtsordnung daraufhin an, ob der Gesetzgeber in ihr das Recht der Persönlichkeit hat schützen wollen, so stößt man zunächst auf die §§ 1, 2, 6, 8, 11 des unlauteren Wettbewerbsgesetzes. Man wird aber diese Bestimmungen zu einem Analogieschluß für eine allgemeine Anerkennung der Unterlassungsklage zu Gunsten jedes Störungsverbotes ebenso wenig wie die des Markenschutzes heranziehen können, denn die Negatoria ist in diesen Fällen an bestimmte, konkret gestaltete einzelne Tatbestände geknüpft.

Als einzige direkte Bestimmung im B.G.B. aber findet man nur den § 12, welcher bestimmt, daß, wenn das Recht zum Gebrauch eines Namens dem Berechtigten von einem anderen bestritten wird, oder das Interesse des Berechtigten dadurch verletzt wird, daß ein anderer unbefugt den gleichen Namen braucht, der Berechtigte von dem anderen Beseitigung der Beeinträchtigung verlangen kann. Sind weitere Beeinträchtigungen zu besorgen, so kann er auf Unterlassung klagen.

Man kann wohl ohne weiteres annehmen, zumal man in dieser Hinsicht noch durch den § 37 H.G.B. unterstützt wird, daß durch diese gesetzliche Bestimmung prinzipiell der Schutz einer wohlerworbenen Bezeichnung der Individualität anerkannt ist, sodaß auch andere Persönlichkeitszeichen (Wappen, Titel, Orden, Pseudonym) den Schutz der Negatoria genießen.[54]

Eine weitere positive Gesetzesbestimmung aber, durch die direkt ein Recht der Persönlichkeit anerkannt wird, ist im B.G.B. nirgends genannt.[55]

Man stößt alsdann auf den § 823 B.G.B.

Dieser gibt in Absatz 1 einen Schadenersatzanspruch gegen denjenigen, der „vorsätzlich oder fahrlässig das Leben, den Körper, die Gesundheit, die Freiheit, das Eigentum oder ein sonstiges Recht eines anderen widerrechtlich verletzt". Die in der Literatur sehr bestrittene Frage, ob die in diesem Paragraphen aufgezählten Güter: Leben, Körper, Gesundheit, Freiheit zu den subjektiven Rechten gehören, wird durch das B.G.B. nicht ausdrücklich entschieden, sondern der Wissenschaft überlassen.

54) So auch Lehmann a.a.O. S. 127—128.
55) Die Mitgliedschafts- und Sonderrechte der Vereinsmitglieder können wohl

Um überhaupt zu dieser Frage Stellung nehmen zu können, muß man mit der herrschenden und richtigen Ansicht davon ausgehen, daß unter dem sonstigen Recht in Absatz 1 des § 823 B.G.B. das subjektive Privatrecht in juristisch technischem Sinne gemeint ist. Andernfalls wäre ja auch die Antithese zwischen Absatz 1 und 2 des § 823 B.G.B. völlig nichtssagend.

Planck[56] sucht durch die Entstehungsgeschichte der Gesetzesstelle nachzuweisen, daß die Nennung des Lebens, des Körpers, der Gesundheit und der Freiheit in § 823 B.G.B. nicht exemplifikative, sondern enumerative Bedeutung habe. Man könne nicht annehmen, daß das B.G.B. ein besonderes Recht auf Leben, Körper, Gesundheit, Freiheit habe anerkennen wollen. Diese Interessen seien in dem § 823 B.G.B. nicht als Rechte bezeichnet und stünden daher im Gegensatz zu den folgenden Worten: das Eigentum oder ein sonstiges Recht. Gleich Planck haben auch eine große Anzahl anderer Schriftsteller aus der Fassung der Gesetzesstelle die Konsequenz gezogen, daß die Worte „oder ein sonstiges Recht eines anderen" grammatikalisch nur zu dem Worte Eigentum gehörten, während Leben, Körper, Gesundheit, Freiheit ein Kategorie für sich bildeten".[57]

Auf der anderen Seite nehmen Staudinger[58], Dernburg[59], Schulz-Schaeffer[60] an, durch die Zusammenstellung von Leben, Körper, Gesundheit, Freiheit, Eigentum oder sonstigem Recht sei zum Ausdruck gebracht, daß auch die vier erstgenannten Lebensgüter im Sinne des B.G.B. und speziell des § 823 Abs. 1 B.G.B. als subjektive Rechte aufgefaßt werden müßten. Da Leben, Körper, Gesundheit, Freiheit so gut wie das Eigentum Exemplifikationen seien, müßten auch andere persönliche Lebensgüter, wie z. B. die Ehre als subjektive Rechte gelten und ihre Verletzung somit nach den Worten „oder ein sonstiges Recht" eine Schadensersatzpflicht erzeugen.

Um zu beweisen, daß Planck sich auf die Entstehungsgeschichte des § 823 B.G.B. nicht berufen kann, soll zunächst einmal auf die Gesetzesmaterialien eingegangen werden.

richtiger Ansicht nach nicht direkt aus dem Persönlichkeitsrecht hergeleitet werden, sondern werden durch die Zugehörigkeit ihrer Träger zu der Verbandspersönlichkeit vermittelt. Vgl. Oertmann Allg. Teil § 1 Anm. 8.

56) I S. 7.

57) Enneccerus I, 2 § 450; Oertmann § 823 Anm. 1 und die dort Zitierten.

58) I Vorb. zu I Titel II, 4.

59) II § 383.

60) a.a.O. S. 114 ff.

Der Entwurf I § 704 Abs. 2 bestimmte, daß, wer aus Vorsatz oder Fahrlässigkeit durch eine widerrechtliche Handlung das Recht eines anderen verletze, zum Schadensersatze verpflichtet sei. Der letzte Satz lautete dann: „Als Verletzung eines Rechts im Sinne der vorstehenden Vorschrift ist auch die Verletzung des Lebens, des Körpers, der Gesundheit, der Freiheit und der Ehre anzusehen". Leben, Körper usw. werden also ausdrücklich dem Recht eines anderen gleichgestellt. In den Motiven zu § 704 des Entwurf I ist es allerdings für zweifelhaft erklärt, ob die in dem Zusatz aufgeführten Güter: Leben, Körper, Gesundheit, Freiheit, Ehre als subjektive Rechte bezeichnet werden können. Es wurde daher die namentliche Aufzählung für nötig erachtet.

Im Entwurf II § 746 wurde der Begriff der unerlaubten Handlung dahin festgelegt:

„Wer vorsätzlich oder fahrlässig ein Recht eines andern widerrechtlich verletzt, oder wer gegen den Schutz eines anderen bezweckendes Gesetz verstößt, ist dem anderen zum Ersatz des dadurch verursachten Schadens verpflichtet".

Der letzte Satz des § 704 im Entwurf I wurde also, ebenso wie ein diese Bestimmung unwesentlich modifizierender Antrag nicht aufgenommen.[61] Doch hatte man die Aufzählung der erwähnten Lebensgüter nur aus dem Grunde fortgelassen, weil diese Bestimmung einen „durchaus doktrinären Eindruck mache".[62] Man hielt die Erwähnung der Verletzung von Leben, Körper und Gesundheit für unnötig und hatte sachliche Bedenken dagegen, Freiheit und Ehre auch gegen fahrlässige Verletzung zu schützen. (Prot. vom 26. Oktober 1892.) Diese Unklarheit der Kommission wird jedoch durch das Protokoll vom 22. Mai 1895 beseitigt, wo ausgeführt ist, daß man bei der früheren Beratung den lehrhaften Schlußsatz des § 704 Entwurf I, wonach als Verletzung eines Rechtes im Sinne der vorstehenden Vorschriften auch die Verletzung eines der einzeln aufgeführten Rechtsgüter anzusehen sei, mit Recht gestrichen habe, da die heutige Wissenschaft ja ein persönliches Recht im weiteren Umfange annehme. Bei der Begründung des zweiten Entwurftextes erster Lesung wurde „das Recht eines anderen" dahin erläutert, daß in ihm der Rechtskreis des Einzelnen geschützt werde, wobei man ausdrücklich seine

61) P. II 566, 573.
62) P. II 573.

eigentlichen Vermögensrechte und „seine sogenannten Persönlichkeitsrechte“[63] unterschied. (Leben, körperliche Unversehrtheit, Gesundheit, Freiheit, Ehre.) Aus dem Protokoll der zweiten Lesung des § 746 ist nicht festzustellen, welchen Standpunkt die Kommission zu dem Verhältnis zwischen Leben, Körper usw. und dem sonstigen Recht eines anderen eingenommen hat. Es wurde nur hervorgehoben, daß sich im Entwurf II nirgends ausgesprochen finde, daß die Verletzung dieser Güter sich zivilrechtlich als ein Delikt darstelle.[64] Für die Auffassung, daß die aufgezählten Güter als Rechte anzusehen seien, spricht auch ganz unzweideutig die Denkschrift,[65] die zu § 807 (= § 823 B.G.B.) bemerkt: „Dementsprechend macht der § 807 die Schadensersatzpflicht davon abhängig, daß die schädigende Handlung entweder das Recht eines anderen, insbesondere dessen Leben, Gesundheit, Freiheit, Eigentum verletzt oder gegen ein den Schutz eines anderen bezweckendes Gesetz verstößt“.

Aus der Fassung des heutigen Gesetzestextes ist nicht mit Notwendigkeit zu entnehmen, daß die Worte „oder ein sonstiges Recht eines anderen“ grammatisch nur mit dem Worte Eigentum zusammenzuziehen seien. Es ist selbstverständlich grammatikalisch zulässig, daß sich die Worte „oder ein sonstiges Recht“ nur an das Wort Eigentum anschließen. Es ist aber sehr interessant, daß bei der zweiten Lesung des § 746 im Entwurf II dem Antragsteller entgegengehalten wurde, daß die Schlußklausel „oder ein sonstiges Recht eines anderen“ sich unmittelbar an Eigentum anschließe, daher enger verstanden werden könne, und es so fraglich erscheine, ob alle Rechtsgüter gedeckt seien.[66]

Jedenfalls kann man nicht sagen, daß die Anerkennung des Persönlichkeitsrechts durch das B.G.B. schlechthin ausgeschlossen ist. Man kommt im Gegenteil auf Grund der Gesetzesmaterialien zu der Ueberzeugung, daß der § 823 B.G.B. nicht gegen, sondern eher für die Anerkennung eines Persönlichkeitsrechtes spricht. Das praktische Bedürfnis aber muß den Ausschlag geben. Man kann den Gegnern des Persönlichkeitsrechtes entgegenhalten, daß es für die Anwendbarkeit des

63) Mugdan S. 1073.
64) Mugdan S. 1078.
65) S. 100.
66) P. VI 201.

ungeschriebenen bürgerlichen Rechtes genügen muß, daß es nicht im Widerspruch mit dem geschriebenen steht.

„Der Theorie und der Rechtsprechung erwuchs von jeher und erwächst auch heute noch die hehre Aufgabe, die jeweils im formalen Gesetzesrecht entstehenden Lücken durch Entwicklung der erforderlichen Grundsätze aus dem gesamtem bestehenden Rechtsnormeninhalt auszufüllen, der Gesetzgebung ergänzend und insoweit auch rechtsbildend zur Seite zu stehen, vorbereitend deren Aufgabe zu erleichtern, den Uebergang vom ungeschriebenen zum geschriebenen Recht zu vermitteln. Eine bloße Paragraphenanwendung kann niemals das Ideal einer Rechtssprechung sein."[67] [68]

Die Möglichkeit der Persönlichkeitsrechte ist schon durch den § 12 B.G.B. erwiesen. Daß die weiteren gesetzlichen Bestimmungen so versteckt liegen, läßt sich leicht daraus erklären, daß der Schutz der Personen größtenteils durch das öffentliche Recht (Straf- und Polizeirecht) geregelt wird. Da das öffentliche Recht aber seinen Schutz im allgemeinen Interesse gewährt, zur Aufrechterhaltung der staatlichen Ordnung, greifen seine Normen unabhängig von dem Willen des Verletzten durch, ohne sich darum zu kümmern, ob das Einschreiten im Interesse des Verletzten liegt.[69] Obwohl hierdurch das private Recht an Bedeutung zurückgedrängt ist, ist es gleichwohl nicht bedeutungslos geworden. Dem Verletzten ist die Befugnis, das Recht zum Schutze seiner Person nach freiem Ermessen zur Geltung zu bringen, geblieben.

Daß bei dem Persönlichkeitsrecht die Möglichkeit der Uebertragung und des Verzichts fehlt, rührt eben daher, daß das Recht unmittelbar mit der Person zusammenhängt, sodaß für alle Vorschriften über Erwerb, Verlust und Uebertragung von Rechten kein Raum ist. Wenn somit auch, wie schon erwähnt, die privatrechtliche Bedeutung des Persönlichkeitsrechts zurücktritt, so fehlt, wie Oertmann ganz richtig sagt,[70] ein Interesse des Einzelnen an seiner Anerkennung keineswegs.[71]

67) So Kunkel Bay.Z. 07 S. 319, 320.

68) Vgl. auch Keyssner D.J.Z. 1898 S. 486: „Das zu schützende Recht reicht weit über das Gesetzeswort hinaus. Es ist Aufgabe der Richter, Recht zu finden. Der Gesetzgeber möge das Recht gestalten, der Richter darf nicht warten in der Rechtsfindung, bis der Gesetzgeber ihm den Weg gebahnt hat."

69) So richtig Dernburg Lehrbuch § 18 I.

70) Allg. Teil § 1 Anm. 8.

71) Vgl. Krückmann, Inst. S. 90 f.: „Es muß aber allen Juristen zur Erkenntnis kommen, daß das Recht der Persönlichkeit das ureigenste Recht eines jeden Menschen ist, so zwar, daß es alle seine sontigen subjektiven Rechte, z. B. Eigentum, Pfandrecht, Nießbrauch, Forderungsrecht begleitet. In der Verletzung dieser

Mit der Anerkennung des Persönlichkeitsrechts ist an und für sich über seinen Inahlt noch nichts gesagt. Grundsätzlich können nur die vom Gesetz durch positive Normen geschützten Güter als Ausflüsse eines allgemeinen Persönlichkeitsrechts rechtlich anerkannt werden.[72]

„Die einzelnen Persönlichkeitsrechte sind, abgesehen von dem Normenkomplex, der den Menschen in seinem physischen Bestands schützt, diejenigen Normenkomplexe, welche einzelne, um ihrer selbst willen von der Rechtsordnung in Schutz genommene Persönlichkeitsbedürfnisse in ihrer Befriedigungsmöglichkeit sichern."[73]

Der Satz aber, daß das betreffende Persönlichkeitsgut, um Schutz zu genießen, sich stets auf einen besonderen positiven Rechtssatz stützen muß, kann nicht einschränkungslos gelten.

So müssen auch solche Bedürfnisse geschützt werden, bei denen, wenn das Gesetz sie nicht ausdrücklich zu respektieren gebietet, aus den zu ihrem Schutze erlassenen Normen erkennbar ist, „daß die Rechtsordnung konsequenterweise das betreffende Bedürfnis als Ganzes, also auch nach anderen, als den von den speziellen Normen berücksichtigten Richtungen, für schutzwürdig halten muß".[73]

Es darf nämlich nicht außer acht gelassen werden, daß der Gesetzgeber eben nur den notwendigsten Schutz der Person, für den das Bedürfnis konstant und dauernd praktisch ist, in einzelne Normen gegossen hat, um damit gleichsam das Gerippe des Persönlichkeitsrechts zu schaffen, es im übrigen aber der Rechtsanwendung überlassen hat, in steter Fühlung mit der Kulturentwicklung und den Kulturanschauungen, den Persönlichkeitsschutz des weiteren auszugestalten.[74]

Schulz-Schaeffer hat recht, wenn er ausführt, daß in keinem Teile der Rechtsordnung der Rechtsschutz so wenig konstant,

---

Rechte kann liegen und liegt auch regelmäßig eine Verletzung der Persönlichkeit. Da diese subjektiven Rechte ihren Schutz schon in sich selber genießen, entfällt für den Menschen jedes Interesse, daneben sein verletztes Recht der Persönlichkeit noch besonders geltend zu machen. Aber wo sonstige subjektive Rechte nicht bestehen, muß das einzelne Persönlichkeitsrecht für sich allein schon geschützt werden. . . . Man höre die Römer 1 10 § 1 D. de iustitia et iure 1, 1 Ulpianus 1 1 regularum. Juris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere."

72) Vgl. Oertmann Allg. Teil § 1 Anm. 8: Jenes allgemeine Persönlichkeitsrecht ist nicht nachweisbar und schon wegen seiner nebelhaften Allgemeinheit ganz abzulehnen.

73) So Schulz-Schaeffer a.a.O. S. 139.

74) Vgl. Schulz-Schaeffer a.a.O. S. 134.

das Rechtsschutzbedürfnis so sehr von den leisesten Nuancen der jeweiligen Kulturanschauungen abhängig ist, wie auf dem Gebiete des Persönlichkeitsschutzes: „Die sich verfeinernde Kultur nimmt der menschlichen Persönlichkeit die Robustheit früherer Zeitalter und macht sie empfindlicher gegen Handlungen der Mitmenschen, durch die sie sich noch eben nicht gestört fühlte; neue Arten oder Erweiterungen menschlicher Betätigungsmöglichkeit erzeugen neue Möglichkeiten der Störung fremder Persönlichkeitsbedürfnisse in ihrer Befriedigung, lassen bis dahin noch nicht lebendig gewordene Bedürfnisse in Richtung auf das Verhalten der Rechtsgenossen zu Bewußtsein kommen; wo noch gestern die Persönlichkeit durch eigene Vorsicht und Reaktion sich den Befriedigungszustand persönlicher Bedürfnisse sichern zu können glaubte, verlangt sie heute zu ihrem Schutz den Imperativ der Rechtsordnung. — Gegenüber diesen Wandlungen und Störungen ist es die Aufgabe des Rechts, mit feinem Ohr die Kultur der Zeit zu belauschen, um, wo es not tut, neuen Schutz zu spenden."[75]

Die heutige Rechtssprechung mag mit den Vorschriften über das Namensrecht, den Markenschutz, den unlauteren Wettbewerb und den in den unerlaubten Handlungen gegebenen Bestimmungen auskommen, aber schon vielleicht morgen werden sich bei dem Fortschritt unserer Zeit Lücken offenbaren, bei denen die vorhandenen Gesetzesbestimmungen dem Einzelnen keinen genügenden Schutz mehr zu bieten vermögen. Hier muß der Theorie und Praxis die Möglichkeit gegeben sein, durch vorsichtige Erweiterung der vorhandenen Normen im Wege der Analogie da helfend einzugreifen, wo positive Gesetzesbestimmungen uns im Stich lassen, damit Recht und Leben miteinander Schritt halten können.

Wenn v. Tuhr des entgegenhält,[76] daß die Theorie der Persönlichkeitsrechte aus dem Bestreben, neue Schutznormen durchzusetzen, ihre werbende Kraft schöpfe und daß, wie so oft, auch in dieser Frage der Wunsch der Vater des Gedankens sei, so kann er daraus wohl kein ausschlaggebendes Argument herleiten. Weshalb sollte in der heutigen Zeit, wo alles im Entwickeln und Werden begriffen ist, gerade dem Recht der Vorwurf der Rückständigkeit gemacht werden können?

75) a.a.O. S. 134.
76) I 1 § 6 S. 151.

Daß aber gerade die Unterlassungsklage einem dringenden Verkehrsbedürfnis entspricht, können auch unsere Gegner nicht bestreiten.[77]

Sehen wir uns einmal einige ausländische Rechte an. So sagt z. B. § 18 des ungarischen Entwurfs eines B.G.B.:

„Wer in seiner Persönlichkeit von einem anderen widerrechtlich verletzt oder sonst widerrechtlich gestört wird, kann von dem Störer die Beseitigung der Störung fordern und kann, wenn eine Wiederholung zu besorgen ist, darauf klagen, daß das Gericht dem anderen die Störung untersage."

Art. 28 des Schweizer Zivilgesetzbuches vom 10. 12. 1907 besagt:

„Wer in seinen persönlichen Verhältnissen unbefugter Weise verletzt wird, kann auf Beseitigung der Störung klagen. Eine Klage auf Schadensersatz oder auf Leistung einer Geldsumme als Genugtuung ist nur in den im Gesetze vorgesehenen Fällen zulässig."

Specker hat den Art. 28 des Schweizer Zivilgesetzbuchs mit den Worten begrüßt: „Mögen Leben und Technik sich in staunenerregender Weise entwickeln, nach Seiten der persönlichen Güter vermag Art. 28 Z.G.B. dem wechselnden Zeitbewußtsein in schrankenloser Weise Raum zu gewähren".[78]

Dagegen wird uns in der Literatur vorgeworfen, daß, soweit die positiven Vorschriften des Gesetzes uns verlassen, die größte Unsicherheit über den Inhalt und Umfang dieser Rechte bestehe.[79] Auch im Schweizer Zivilgesetzbuch sind den „persönlichen Verhältnissen" keine bestimmte festen Grenzen gezogen. Man muß eben in diesem Falle soviel Vertrauen in Theorie und Rechtsprechung setzen, daß sie das Rechtsschutzbedürfnis der Persönlichkeit nach dem jeweiligen Zeitbewußtsein anerkennen.

Wenn auch bisher im heutigen Recht von der herrschenden Meinung in der Theorie und Praxis das Bestehen von allgemeinen Persönlichkeitsrechten geleugnet wurde, so schafft sich doch in der neueren Literatur die Theorie eines Rechtes der Persönlichkeit immer mehr Bahn.[80] Auch das Reichsgericht

77) Vgl. Salinger Gruch. 64 S. 279; v. Tuhr I I § 6 S. 153—154: „Indem das Reichsgericht hier (§ 824 B.G.B.) eine vom Verschulden des Beklagten unabhängige Unterlassungsklage gibt, verhilft es einem neuen Rechtssatz zum Durchbruch, der im Gesetz nicht enthalten ist, aber dem Bedürfnis des Rechtslebens entspricht."

78) a.a.O. S. 51.

79) v. Tuhr I I § 6 S. 151.

80) Vgl. Planck I S. 7; Oertmann I § 1 Anm. 8.

hat in Bd. 109 S. 52 die Anerkennung des Persönlichkeitsrechtes angebahnt, indem es ausführt:

„Die Beklagte hat sich eines rechtswidrigen Eingriffs in die persönliche Rechtssphäre des Klägers schuldig gemacht, da sie der Wahrheit zuwider behauptete oder sonstwie kundgab, daß die Medaillen ihr verliehen worden seien." Es liegt darin „eine Beeinträchtigung der gewerblichen Betätigung und Persönlichkeit des Klägers."

Um unsere Untersuchungen für den Rahmen dieser Arbeit zusammenzufassen, so ist zunächst festzustellen, daß mit der Anerkennung des Persönlichkeitsrechtes die gesetzliche Grundlage für die Unterlassungsklage geschaffen ist. Der künstlichen und unmöglichen Konstruktion einer deliktischen oder quasi negatorischen Unterlassungsklage bedarf es nicht, denn als subjektives Privatrecht reagiert das Persönlichkeitsrecht auch gegenüber solchen Verletzungen, bei denen der Störer nur objektiv rechtswidrig handelt.

Selbst wenn man wie Lehmann[81] auf dem Standpunkt steht, daß grundsätzlich auch bei absoluten Normen dem Begünstigten ein Unterlassungsanspruch stets im einzelnen Fall durch das Gesetz besonders verliehen werden müßte, so ist doch auch Lehmann der Meinung, daß ein Unterlassungsanspruch jedenfalls dann gegeben ist, wenn die durch absolute Normen begründete günstige Stellung sich als subjektives Privatrecht, als Darfrecht, als Ausschlußrecht charakterisieren läßt. Auch er betont, daß, wenn man mit der herrschenden und richtigen Ansicht den Begriff sonstiges Recht in Absatz 1 des § 823 B.G.B. in juristisch technischem Sinne des Privatrechts auffaßt, man darin einen Ausdruck dafür erblicken kann, daß das Gesetz dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht im Gegensatz zu den anderen, nach § 823 Abs. 2 B.G.B. geschützten Interessen, den Charakter als Ausschlußrecht nicht vorenthalten will. Mit der Anerkennung dieses Rechtscharakters aber ist die Zulässigkeit der Unterlassungsklage begründet.

Geschützt werden durch die Unterlassungsklage zunächst die in § 823 Abs. 1 B.G.B. aufgeführten Güter; weiter auch die Ehre.[82]

81) a.a.O. S. 119 ff., bes. S. 128/129.

82))Vgl. Lehmann a.a.O. S. 130: „Nachdem der Gesetzgeber einmal den allgemeinen Anspruch, als Person zu gelten, durch § 823 Absatz 1 anerkannt hat, würde es schlecht dazu stimmen, wenn man diesen Anspruch gerade in einer seiner wichtigsten Richtungen, in Ansehung der Ehre negieren wollte."

Auch die Ehre ist ein Ausfluß des Persönlichkeitsrechtes dahingehend, daß ein ungestörter Genuß der Ehre gewährleistet wird.

Die Entstehungsgeschichte des § 823 B.G.B. spricht allerdings, wie schon oben gesehen, gegen die Einbeziehung der Ehre in den Kreis der Persönlichkeitsrechte. Aber schon die §§ 824 f. B.G.B. schützen besondere Fälle der Ehre. Auch der § 6 des Wettbewerbsgesetzes gibt dem Gewerbetreibenden einen Unterlassungsanspruch bei Angriffen auf seine Geschäftsehre und seinen Kredit und damit im Rahmen dieser Vorschrift ein Recht darauf, daß diese Güter nicht angetastet werden. Will man aber auch diese Vorschriften als Spezialbestimmungen ansehen, so spricht doch unbedingt der § 12 B.G.B. für die Anerkennung der Ehre als Ausfluß des Persönlichkeitsrechtes. Hat der Gesetzgeber sogar ein Recht auf den Namen anerkennen wollen, so kann man daraus folgern, daß auch das höhere Rechtsgut der Ehre nicht schutzlos sein soll. Ist sogar der Name als privates Recht der Person geschützt, so muß um so gewisser ein Recht auf den Schutz der Ehre anerkannt werden.

Allerdings sieht die herrschende Meinung die Befugnis, daß die Ehre nicht angetastet wird, nicht als subjektives Privatrecht an, und das Reichsgericht führt in Bd. 51 S. 374 aus: „die Ehre ist nicht ein Privatrecht im eigentlichen Sinne, vielmehr ein Rechtsgut."

Man kann jedoch der herrschenden Lehre mit Recht die Worte Dernburgs[83] entgegenhalten, daß niemand wird leugnen können, „daß die Ehre, also die Achtung, welche das Individuum bei seinen Mitmenschen und in der Gesellschaft genießt, eines der wichtigsten Güter desselben ist. Sie ist wichtiger als seine Vermögensansprüche, denn verlorenes Vermögen kann wieder ersetzt werden. Ist die Ehre einmal verloren, so kann sie niemals wieder völlig hergestellt werden. Das Bewußtsein der Ehre ist die Grundlage für die Betätigung des Einzelnen in Gesellschaft und Staat. Es ist also nicht bloß ein öffentliches Interesse der Gesellschaft und des Staats, daß die Ehre seiner Mitglieder nicht angetastet wird. Ihre Integrität liegt vor allem im Interesse des Individuums, um dessen Ehrenstellung es sich handelt. Ist es also ein Kennzeichen für die Unterscheidung zwischen privatem und öffentlichem Recht,

83) J.W. 05 S. 161.

ob es sich vorzugsweise und zunächst um das Interesse eines Individuums oder um die allgemeinen Interessen handelt, so gehört das Recht der Ehre zu den Privatrechten."[84]

Auch die freie Betätigung der Arbeitskraft und das gewerbliche Fortkommen des Einzelnen genießen den Schutz der Unterlassungsklage.

Das Reichsgericht hat ein subjektives Recht am „eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebe" anerkannt.[85] Doch hat Salinger[86] nachgewiesen, daß das Reichsgericht nur dann ein subjektives Recht annimmt, wenn sich die Verletzungen unmittelbar gegen den Gewerbebetrieb, also gegen die Betätigung des Erwerbswillens im Rahmen des eingerichteten Gewerbebetriebs richten. Nach R.G. in J.W. 09 S. 493 Nr. 16 ist unter Gewerbebetrieb nicht das objektive gewerbliche Unternehmen, sondern die gewerbliche Willensbetätigung des Unternehmers zu verstehen. Das Reichsgericht sieht dieses Zwittergebilde also bald als subjektives Privatrecht, bald als gesetzlich geschütztes Rechtsgut an. Die Konstruktion des Reichsgerichts erscheint unrichtig, da der Grad der Konkretisierung einer Gewerbetätigkeit kein taugliches Unterscheidungsmerkmal sein kann. Schon Osterrieth hat darauf hingewiesen,[87] daß der Agent, der seine Tätigkeit in seiner Privatwohnung ausübt und außer einem Notizbuch und einer Besuchskarte an der Tür äußere Geschäftseinrichtungen nicht besitzt, einen Gewerbswillen betätigt.

Weiter nimmt das Reichsgericht willkürlich nur dann ein subjektives Recht an, wenn „ein unmittelbarer Eingriff in den Gewerbebetrieb"[88] vorliegt, d. h. wenn der Betrieb tatsächlich gehindert oder seine Unzulässigkeit behauptet oder seine Einstellung oder Einschränkung verlangt wird. So wird bei rechtswidriger Einwirkung auf den Abnehmerkreis die Unterlassungsklage versagt, da eine solche Beeinflußung sich nicht gegen den Bestand des Gewerbebetriebes richte.[89] Demgegenüber muß mit Rosenthal[90] behauptet werden, daß es für die rechtliche Behandlung bedeutungslos sein muß, ob die

84) Vgl. auch Endemann I § 200 Anm. 28.
85) Vgl. R.G. 51, 373; 58, 24; 65, 210; 77, 217; 79, 226. R.G. in J.W. 05, 430; 06, 164; 08, 133; 11, 572; 13, 34.
86) Gruch. 62 S. 300 ff.
87) Gew. Rschutz 09 S. 408.
88) RG. 79, 226, vgl. ferner R.G. 95, 340; 102, 225.
89) Vgl. R.G. 58, 24; 64, 156; 65, 213; 73, 112; 79, 226.
90) Unl. Wettb. Ges. S. 16.

rechtswidrige Beeinflussung des fremden Abnehmerkreises durch ungerechtfertigte Warnungen oder Berühmungen sich zwar nicht gegen die körperliche Grundlage des fremden Unternehmens richtet, wohl aber den Unternehmer in der Ausübung der Gewerbetätigkeit hindert. Zutreffend ist in R.G. J.W. 05 S. 174 ausgeführt:

„Auf dem Gebiete der gewerblichen Schutzrechte ist stets angenommen worden, daß ein Gewerbetreibender, der von dem Inhaber eines Schutzrechts unbefugt in seinem freien Gewerbebetriebe beeinträchtigt wird, gegen solche Beeinträchtigungen die negatorische Abwehrklage hat. Er kann insbesondere auf Unterlassung unzutreffender mündlicher oder schriftlicher Berühmungen, die sein gewerbliches Tun als Verletzung des Schutzrechts hinstellen, klagen, namentlich, wenn der Schutzberechtigte dazu übergegangen ist, durch Mitteilungen an die Kundschaft den freien Gewerbebetrieb des anderen zu stören. Die Möglichkeit einer Abwehr unberechtigter Unterlassungsansprüche hat für die grundsätzliche Freiheit des Gewerbes (§ 1 Gew.O.) die gleiche Bedeutung, einerlei, ob sich der Untersagungsanspruch auf ein Individualrecht des Konkurrenten (Patent, Muster, Warenzeichen), oder ob er sich auf die gesetzlichen Bestimmungen gegen den unlauteren Wettbewerb gründet. Wie in jenem Falle, so muß auch in diesem eine entsprechende Anwendung der Bestimmung des § 1004 B.G.B. über den Schutz des Eigentums, gegen Beeinträchtigungen Platz greifen."[91]

Das Recht an dem gewerblichen Unternehmen ist als Ausfluß des Individualrechts aufzufassen und ist auf ungestörte Ausnutzung des Unternehmens gerichtet.[92] Nicht ein bestimmter Gewerbebetrieb genießt Schutz, sondern der Gewerbetreibende in seinem Recht auf freie Gewerbetätigkit wird geschützt. Infolgedessen muß auch die Erwerbstätigkeit selbst als Schutzgegenstand des Persönlichkeitsrechts anerkannt werden. Wie auf dem Spezialgebiete des unlauteren Wettbe-

91) Vgl. auch R.G. Gew.Rschutz. 1911, 240: Die unbefugte Benutzung einer fremden Bezeichnung wird untersagt, weil hierdurch der Kläger in der freien Ausübung seiner Erwerbstätigkeit beeinträchtigt wird.
RG. in JW. 1915, 328: „Ob jemand die Kundschaft eines anderen wörtlich (mündlich oder schriftlich) oder durch eine weitere Tatsache, nämlich dadurch, beunruhigt, daß er sie mit Klagen überzieht, ist im wesentlichen dasselbe. Nur wird regelmäßig das Ueberziehen mit Klagen gerade die schärfere Form der Beunruhigung der Kunschaft und damit der Störung des Gewerbebetriebes bilden."

92) Vgl. R. Isay a.a.O. S. 21; Seligsohn J.W. 1917, 712; Salinger Gruch. 62, 305 ff.; 64, 263 ff.; Rosenthal Unl.Wettb.Ges. S. 15 ff.

werbs die Person in Hinsicht auf ihren Gewerbebetrieb geschützt wird, muß auch bezüglich des allgemeinen gewerblichen Rechtsschutzes die Person in der Berufsausübung und der allgemeinen Freiheit der Betätigung der Arbeitskraft durch Anerkennung dieser Interessen als subjektiver Rechte geschützt werden.[93]

II. Voraussetzungen der negatorischen Unterlassungsklage.

1. a) Wiederholungsgefahr als Rechtsschutzvoraussetzung.

Das Reichsgericht macht die Gewährung der Unterlassungsklage davon abhängig, daß ein widerrechtlicher Eingriff in eine fremde Rechtssphäre bereits erfolgt ist und ernstliche Wiederholungsgefahr zu besorgen ist.[1]

Jacobsohn[2] dagegen hält allgemein bei absoluten Rechten eine Klage auf Unterlassung schon dann für gegeben, wenn künftige Störungen zu besorgen sind, ohne daß bereits eine vollendete Beeinträchtigung vorausgegangen sein müßte.

Er argumentiert folgendermaßen: Man müsse daran denken, daß das B.G.B. bei den Unterlassungsklagen, die zum Schutze einzelner Rechte gewährt worden sind, sich streng an die vom römischen und gemeinen Recht her übernommene Form gehalten habe. Hier habe die Unterlassungsklage — siehe 12 D 8, 5 — nur das Anhängsel an die Klage gebildet, die durch eine der Vergangenheit angehörige Verletzung veranlaßt worden sei. Im heutigen Recht sei dieses Verhältnis anders geworden. Weil die Form an das römische Recht anknüpfe, brauchten wir deshalb noch nicht den Inhalt nachzuahmen. Das Gesetz sei doch im großen von dem Gedanken des § 133 B.G.B. beherrscht. Danach sei nur soviel aus dem Wortlaut zu entnehmen, daß die Besorgnis künftiger Beeinträchtigungen aus gegenwärtig bestehenden Tatsachen sich erklären lassen müsse. Der Nachdruck sei nicht auf die Worte „weitere Beeinträchtigungen" zu legen, sondern darauf, daß sie zu „besorgen" seien.

Gegen Jacobsohn spricht aber klar und unzweideutig der übereinstimmende Wortlaut der §§ 12, 862, 1004 B.G.B.

93) Dag. R.G. 51, 373; 58, 29; 64, 156; 65, 213. R.G. Recht 1912, Nr. 579; 1915 Nr. 2270.

1) Auch für die Unterlassungsklage des Unlauteren Wettbewerbsgesetzes ist die Wiederholungsgefahr Rechtsschutzvoraussetzung, wenn dies auch nicht in den §§ 1 und 13 Unl.Wettb.Ges. ausdrücklich bestimmt ist; denn eine Unterlassungsklage richtet sich ja gerade gegen zu besorgende künftige Handlungen (so auch R.G. in Mu.W. 9, 63; O.L.G. Hamburg in Mu.W. 6, 192; 8, 221; 11, 545; R.G. in Gew.Rschutz 1912, 373; Rosenthal Unterlassungsklage S. 50.

2) a.a.O. S. 48 ff.

Wenn man ferner den § 133 B.G.B. so extensiv auslegen wollte, würde es ein leichtes sein, einem jeden Gesetzesparagraphen den gerade gewünschten Sinn zu unterschieben.[3]

Nach den §§ 12, 862, 1004 B.G.B. ist Voraussetzung für die Unterlassungsklage, daß das betreffende Recht bereits verletzt ist und künftige Beeinträchtigungen zu besorgen sind. Es würde daher dem Sinne des Gesetzes widersprechen, ganz abgesehen davon, daß für den Kläger im allgemeinen noch gar keine Beschwerung vorläge, wollte man die neue Klage nicht von denselben Bedingungen abhängig machen.

Wann Wiederholungsgefahr vorliegt, läßt sich nicht schlechthin in eine abstrakte Regel kleiden. Mit Recht spricht das Reichsgericht jedenfalls aus,[4] daß zu einer, die Unterlassungsklage bedingenden Wiederholungsgefahr nicht die abstrakte Möglichkeit einer solchen genügt, sondern daß sich die Klage auf eine durch Tatsachen begründete Wahrscheinlichkeit der Wiederholung stützen muß.

Es bleibt nämlich immer zu berücksichtigen, daß durch die Unterlassungsklage nicht eine Sühne für eine in der Vergangenheit liegende Rechtsverletzung gewährt wird, sondern, daß das zukünftige Tun des Beklagten irgendeine Einschränkung erleidet. Das Gericht hat aber immer von der grundsätzlichen Gleichheit der Menschen vor dem Gesetz auszugehen und „wird zu einem derartig weitgehenden Eingriff in die menschliche Handlungsfreiheit erst dann schreiten dürfen, wenn eine dringende Veranlassung dazu vorliegt, zumal, namentlich bei der vorbeugenden Unterlassungsklage, immer nur mit einer Wahrscheinlichkeit gerechnet werden kann, wie sich das zukünftige Verhalten des Beklagten gestalten wird."[5]

Die Wiederholungsgefahr ist das Korrektiv der Unterlassungsklage.

Wann sie vorliegt, ist Tatfrage und in das freie richterliche Ermessen gestellt. So hat das Reichsgericht ausgesprochen,[6] daß Wiederholungsgefahr vorliegt, wenn der Beklagte im gegenwärtigen Verfahren mit äußerster Zähigkeit und Beharrlichkeit seinen Standpunkt und die Richtigkeit seiner Angaben zu vertreten gesucht hat.

---

3) Gegen eine solche Auffassung auch Hellwig, Lehrbuch d. Ziv.Pr. 1 § 57 S. 373; Eltzbacher U.Kl. S. 155 ff.; Rosenthal L.Z. 04 S. 592.
4) RG. 78, 213; 98, 269.
5) So Neukamp J.W. 1915 S. 117.
6) Vgl. R.G. 60, 8.

Es besteht allerdings auch die Möglichkeit, daß unter Umständen die Drohung mit einem widerrechtlichen Eingriff die Unterlassungsklage rechtfertigen kann.

In R.G. 101 S. 339 führt das Reichsgericht zutreffend aus:

„Grundsätzlich ist die Besorgnis, es drohe ein Eingriff in das geschützte Rechtsgut (oder Recht), dem tatsächlich erfolgten Eingriff nicht ohne weiteres gleich zu stellen. .... Solange eine Beeinträchtigung noch gar nicht stattgefunden hat, kann von einer Besorgnis „weiterer" Beeinträchtigungen keine Rede sein. Es hieße, die wesentlichen Grundlagen dieser Rechtsweiterbildung völlig verlassen, wollte man für die hier in Rede stehende vorbeugende Unterlassungsklage von jenem Erfordernis des erfolgten Eingriffs schlechthin absehen..... Andererseits kann, wie nicht zu verkennen ist, auch schon die Drohung mit dem Eingriff in ein geschütztes Rechtsgut (oder Recht) nach Umständen eine so erhebliche Störung des Rechtsfriedens darstellen, daß darin ein widerrechtlicher Eingriff im Sinne des für die Gewährung der vorbeugenden Unterlassungsklage zu Erfordernden gefunden werden kann. Dies insbesondere dann, wenn die Bedrohung unter solchen Umständen geschieht, von solchen Anstalten begleitet ist, daß der Anfang einer Ausführung schon in ernsthaften Vorbereitungen verwirklicht erscheint. Alsdann würde es eine praktisch nicht befriedigende und grundsätzlich nicht gebotene Einschränkung des vorbeugenden Rechtsschutzes darstellen, wollte man die Klage erst dann gewähren, wenn der drohende widerrechtliche Eingriff vollständig verwirklicht ist. Es entspricht vielmehr dem Grundgedanken, die die Rechtsprechung bei der Anerkennung dieses Rechtsbehelfs verfolgt hat, unter den vorausgesetzten Umständen die Unterlassungsklage schon bei dem drohenden erstmaligen Eingriff zu gewähren."

Dieser Standpunkt des Reichsgerichts ist nur zu billigen, da tatsächlich eine ernstliche Drohung schon einen Eingriff oder wenigstens den Versuch eines solchen in die Rechtssphäre eines anderen darstellen kann.

Auf der andern Seite hat das Reichsgericht die Grenzen zur Gewährung der Unterlassungsklage bei weitem zu eng gezogen, wenn es verlangt, daß der Beklagte denselben konkreten Sachverhalt mit den gleichen daran geknüpften Urteilen über den Kläger wiederholen werde oder wenn eine der Ge-

wißheit sich nähernde Wahrscheinlichkeit der Wiederholung verlangt wird.[7]

Würde man die Wiederholungsgefahr erst unter derart strengen Voraussetzungen für gegeben erachten, so würde der Unterlassungsklage als vorbeugendem Rechtsschutzmittel praktisch jeder Boden genommen werden, denn welchem Kläger würde es wohl gelingen, dem Beklagten nachzuweisen, daß letzterer denselben konkreten Tatbestand wiederholen werde?

Bei druckschriftlichen Aeußerungen wird regelmäßig Wiederholungsgefahr vorliegen.[8]

Das Verhalten des Beklagten im schwebenden Prozeß kann die Wiederholungsgefahr rechtfertigen.[9]

Wiederholungsgefahr kann darin zu finden sein, daß der Beklagte im Prozeß Klageabweisung beantragt, anstatt sofort den Klageanspruch anzuerkennen.[10] Auch ein Erbieten des Beklagten durch eine protokollarische Erklärung, die künftige Unterlassung zu versprechen, braucht die Wiederholungsgefahr nicht immer zu beseitigen. R.G. 98 S. 269 führt zutreffend aus:

„Wenn der Berufungsrichter lediglich aus dem Umstande, daß die Beklagte der Klägerin gegenüber die Unrichtigkeit ihres Verhaltens zugegeben und die fehlerhaften Firmenabdrucke aus dem Verkehr gezogen hat, die Wahrscheinlichkeit der Wiederholung für ausgeschlossen hält, so wäre zu prüfen gewesen, ob dies alles nicht unter dem Drucke des Prozesses erfolgt ist, sondern auf wirklich gewonnener besserer Einsicht beruht, zumal die Beklagte im Rechtsstreit die Zulässigkeit des Gebrauchs der abgekürzten Firma fortgesetzt betont hat."

Ja, sogar die Säumnis des Beklagten, im Prozeß seiner Ueberzeugung Ausdruck zu geben (er hält die von ihm behauptete Tatsache nicht mehr für wahr), muß als ausreichend für das Vorliegen der Wiederholungsgefahr angesehen werden.[11]

Im allgemeinen aber gilt auch hier der aus Erfahrungstatsachen hergeleitete Grundsatz des prima-facie Beweises.[12]

7) Vgl. R.G. in Mu.W. 13, 24.
8) Vgl. R.G. in J.W. 15, 34; R.G. in L.Z. 15, 133; O.L.G. Kiel in LZ, 16, 347; O.L.G. Hamburg in J.W. 17, 257.
9) Vgl. R.G. in J.W. 25, 2328.
10) Vgl. R.G. in Mu.W. 11, 204; 13, 69, 197; O.L.G. Hamburg in Mu.W. 6, 192.
11) Vgl. R.G. 60, 6
12) Siehe unten: Beweislast.

Die Gefahr der Wiederholung muß noch im Zeitpunkt der Urteilsfällung, d. h. zum Schlusse der letzten mündlichen Verhandlung vorhanden sein.[13' 14]

b) Die Unterlassungsklage wird nicht durch den Einwand der Wahrnehmung berechtigter Interessen ausgeschlossen.

Es fragt sich weiter, ob die Unterlassungsklage durchgreifen kann, wenn der Beklagte einwendet, er habe in Wahrung berechtigter Interessen gehandelt?

Das Reichsgericht ist in seinen Auffassungen hierüber recht schwankend.

Zunächst hat es ausgeführt,[15] daß es dahingestellt bleiben könne, ob die Annahme richtig sei, daß durch das Vorhandensein eines berechtigten Interesses die subjektive Rechtswidrigkeit ausgeschlossen werde oder ob nicht vielmehr anzunehmen sei, daß nur die Schadensersatzpflicht wegfalle, daß aber trotzdem eine unerlaubte Handlung vorliege, daß somit dem durch die unwahren Behauptungen Betroffenen alle aus einer unerlaubten Handlung entspringenden Rechtsbehelfe zustehen würden, mit Ausnahme des Anspruchs auf Schadensersatz.

Dann ist angenommen,[16] daß bei der Unterlassungsklage das Schuldmoment ebensowenig in Betracht komme wie die Wahrnehmung berechtigter Interessen. Wenn zu Gunsten desjenigen, welcher eine die Ehre, den Kredit, das Fortkommen oder den Geschäftsbetrieb eines anderen schädigende oder gefährdende Tatsache behauptet oder verbreitet habe, bestimmt sei, daß er straflos bleiben, bezw. zum Schadensersatz nicht verpflichtet sein solle, falls er in Wahrnehmung eigener be-

13) Siehe R.G. 84, 148; R.G. in J.W. 13, 543.

14) Wenn zwar bei Klageerhebung noch Wiederholungsgefahr bestand, dieselbe aber im Laufe des Prozesses fortfällt, weil beispielsweise der Beklagte sein gutgläubig gemachtes rechtswidriges Verhalten einsieht, müßte der Kläger, wenn er auf seinem Antrag bestünde, den Beklagten durch Urteil zum Unterlassen seines Eingriffs zu zwingen, mit seiner Klage kostenpflichtig abgewiesen werden. Er müßte abgewiesen werden, trotzdem bei Klageerhebung sein Antrag gerechtfertigt war, d. h. Wiederholungsgefahr bestand. Der Kläger kann sich aber dadurch helfen, daß er den Hauptantrag für erledigt erklärt und sich auf ein Urteil über die Kosten beschränkt. Hierin liegt weder Verzicht noch Klagerücknahme, sondern lediglich eine Entscheidung über einen beschränkten Antrag. (Vgl. R.G. 57, 385.) Es dürften den Kläger daher weder aus § 271 Z.P.O. noch wegen unzulässiger Klagerücknahme die Kosten treffen. (So auch Rosenthal, Unl.Wettb.Ges. S. 26; R.G. in Gew.Rschutz 1912, 373; 1914, 322; R.G. in Mu.W. 12, 183.)

Es muß in einem derartigen Falle aber mit Gewißheit feststehen, daß eine Wiederholungsgefahr nicht mehr zu befürchten ist, da andernfalls der Beklagte den Kläger willkürlich zur Beschränkung auf ein Kostenurteil zwingen könnte.

15) R.G. in JW. 05 S. 140.

16) R.G. 61 369 f.

rechtigter Interessen handelte, bezw. der Empfänger der Mitteilung an ihr ein berechtigtes Interesse hätte, so könne darum nicht die Folgerung gezogen werden, daß das Vorhandensein eines solchen Interesses auch die Klage auf künftige Unterlassung der Verbreitung der betreffenden, als unwahr festgestellten oder mindestens nicht erweislich wahren tatsächlichen Behauptungen ausschließe. Das, was bei einer Verurteilung des Beklagten zu einer solchen Unterlassung auferlegt werde, könne dem Uebel und dem Nachteile, die ihm bei seiner Bestrafung oder bei der Verurteilung zum Schadensersatz treffen, keineswegs gleichgestellt werden.

Dann wird plötzlich in R.G. 90 S. 342 den oben angeführten Urteilen unterschoben, daß bei den dort vorliegenden Tatbeständen die gegenständliche Unwahrheit der behaupteten Tatsachen festgestanden habe und weiter ausgeführt, daß die Wahrnehmung berechtigter Interessen auch für die vorbeugende Unterlassungsklage, wenn diese auf Grund der §§ 185, 186 St.G.B. in Verbindung mit § 823 Abs. 2 B.G.B. wegen eines widerrechtlichen Angriffs gegen die Ehre des Klägers erhoben werde, an sich nicht gleichgültig sein könne. Dies ergebe sich aus dem Umstande, daß die Wahrnehmung berechtigter Interessen nicht sowohl die Schuldhaftigkeit des Handelnden als die Widerrechtlichkeit des Handelns ausschließe. Aber die Interessen hörten auf, berechtigte zu sein, sobald der Betroffene bewiesen habe, daß die Aeußerung objektiv unwahr sei. Erbringe der Betroffene den Beweis der Unwahrheit der von dem Beklagten über ihn aufgestellten Behauptungen, so könne er auf Grund dieser Beweisführung jede Wiederholung derselben, auch eine solche, die an sich in den Grenzen der Wahrnehmung berechtigter Interessen gelegen sei, verbieten lassen.[17]

Es ist bei der Beurteilung dieser Frage davon auszugehen, daß die vorbeugende Unterlassungsklage mit dem 25. Titel des B.G.B., d. h. mit den unerlaubten Handlungen nichts zu tun hat. Es ist schon oben festgestellt, daß die dort angeführten Normen nur als Anhaltspunkte dafür dienen können, welche Güter als Ausfluß eines allgemeinen Persönlichkeitsrechtes vom Rechte geschützt werden. Aus diesem Grunde muß man sich grundsätzlich davon frei machen, die in diesen gesetzlichen Bestimmungen aufgeführten Voraussetzungen auch für die Unterlassungsklage in Geltung bringen zu wollen. Der

17) So auch R.G. in Seuff. Arch. 69 Nr. 105.

zu erzielende Erfolg der Klage aus den §§ 823 ff. B.G.B. ist in Ziel und Voraussetzungen von dem der Unterlassungsklage verschieden.

Wenn § 824 Absatz 1 B.G.B. dem Verletzten bei einer der Wahrheit zuwider aufgestellten Behauptung oder Verbreitung einer Tatsache, die geeignet ist, seinen Kredit zu gefährden oder sonstige Nachteile für seinen Erwerb oder sein Fortkommen herbeizuführen, einen Schadensersatzanspruch gibt, und nach Absatz 2 dieser Anspruch entfällt, wenn dem Verletzer die Unwahrheit der Mitteilung unbekannt ist und er oder der Empfänger der Mitteilung an ihr ein berechtigtes Interesse hatten, so spricht dies nicht das geringste dafür, daß man diese Regeln auch zur Voraussetzung der Unterlassungsklage machen müßte.

Wenn jemand meinen Kredit durch Behauptung unwahrer Tatsachen gefährdet, so handelt er objektiv widerrechtlich und ich habe die Möglichkeit, falls Wiederholung zu besorgen ist, ihm sein Tun für die Zukunft mittels der Unterlassungsklage zu verbieten, wobei es völlig gleichgültig ist, ob der Verletzer in Wahrung berechtigter Interessen gehandelt hat. Es mag billig erscheinen, daß der Gesetzgeber in § 824 B.G.B., wenn der Verletzer die Unwahrheit seiner Behauptung nicht gekannt hat und in Wahrnehmung berechtigter Interessen gehandelt hat, von einer Schadensersatzpflicht absieht. Dies Moment der Unbilligkeit entfällt aber vollständig bei der Unterlassungsklage, denn ein Abwägen differierender Interessen kommt in einem solchen Falle gar nicht in Betracht, da ich als Verletzter nur auf dem Rechtssatz des alterum non laedere fuße, ohne ein weiteres Plus für mich als die künftige Unterlassung zu verlangen, da ich ja die begangene Rechtsverletzung zu eigenem Nachteil hinnehmen muß.

Es ist somit nicht richtig, wenn das Reichsgericht bei der Kreditgefährdung den Einwand der Wahrung berechtigter Interessen zulassen will. Willkürlich wird dann aber plötzlich in R.G. 90 S. 342, offenbar in Anlehnung an § 824 Abs. 2 B.G.B, die Behauptung aufgestellt, daß ein berechtigtes Interesse im allgemeinen nicht mehr anzuerkennen sei, wenn die Unwahrheit der behaupteten oder verbreiteten Tatsache erwiesen sei. Deshalb sei eine Klage auf Unterlassung der weiteren Behauptung oder Verbreitung ehr- oder kreditverletzender Tatsachen dann als zulässig anzusehen, wenn der Kläger den

Nachweis der Unwahrheit der behaupteten Tatsachen erbringe, möge dem Beklagten auch für seine Behauptung bis dahin der Schutz der Wahrnehmung berechtigter Interessen zur Seite gestanden haben. Diese Auffassung des Reichsgerichts wird durch nichts gerechtfertigt. Zunächst kann der Beklagte, trotzdem er die Unwahrheit der von ihm behaupteten Tatsachen kannte, in Wahrnehmung berechtigter Interessen gehandelt haben, hat das Reichsgericht doch sogar anerkannt, daß eine verleumderische Beleidigung durch § 193 St.G.B. gedeckt sein könne.[18] Auch bringt ja § 824 Abs. 2 B.G.B. nur dann die Schadensersatzpflicht in Wegfall, wenn dem Verletzer die Unwahrheit der von ihm behaupteten oder verbreiteten Mitteilung unbekannt ist u n d er oder der Empfänger der Mitteilung an ihr ein berechtigtes Interesse haben. Außerdem weist Rosenthal[19] zutreffend darauf hin, daß die Unwahrheit (Rechtswidrigkeit) der Aeußerung doch nicht erst von dem Zeitpunkt datiert, in dem der Beweis geglückt ist. Die Verbreitung einer unwahren kreditgefährdenden Behauptung ist objektiv widerrechtlich, auch, wenn der Verbreiter berechtigte Interessen wahrt und die Unwahrheit noch nicht bewiesen ist.

Daß ein Unterlassungsanspruch auch trotz Wahrnehmung berechtigter Interessen gegeben sein kann, beweist ja auch § 14 Unl.Wettb.Ges. Wenn hier trotzdem in einem Falle die Unterlassungsklage nicht gewährt wird, wenn der Störer in Wahrnehmung berechtigter Interessen gehandelt hat, so liegt dies an der Eigenart des im Gesetz vorgesehenen Spezialfalles.

Es ist schon oben kurz gestreift, daß, wenn eine Kreditgefährdung auch in Wahrnehmung berechtigter Interessen vorgenommen worden ist, doch eine unrichtige, den Kredit eines anderen bedrohende Behauptung vorliegen kann. In solchen Fällen ist eben der Tatbestand der unerlaubten Handlung nicht als gegeben anzusehen, weil das Schuldmoment fehlt.[20] Würde man der Ansicht des Reichsgerichts in Band 90 S. 342 folgen und annehmen, daß die Wahrnehmung berechtigter Interessen auch die Widerrechtlichkeit des Handelns ausschließe, so käme man zu dem merkwürdigen Ergebnis, daß § 824 B.G.B., wenn der Verletzer die Unwahrheit der von ihm behaupteten Mitteilung kannte, er nebenbei aber in Wahrung

18) Vgl. R.G. St. 5, 56; 16, 141; 34, 223; Leipz. Komm. § 193 Anm. 2.
19) Unl.Wettb.Ges. S. 31.
20) So auch R.G. in J.W. 25, 1393/94; Rosenthal in L.Z. 16, 998; Salinger Gruch. 64, 277/278; R.G. in Mu.W. 10, 128.

berechtigter Interessen handelte, diese Gesetzesbestimmung eine Schadensersatzpflicht normiere, obwohl das Tun des Verletzers nicht einmal objektiv rechtswidrig wäre.

Aber auch bei Ehrverletzungen kann der Einwand der Wahrung berechtigter Interessen die Unterlassungsklage nicht aus dem Felde schlagen. Wenn auch in einem solchen Falle gemäß § 823 Abs. 2 B.G.B., §§ 185 ff., 193 St.G.B. einer Schadensersatzklage nicht stattgegeben würde, so ist doch schon oben festgestellt, daß dies noch kein Beweis dafür ist, daß auch die Unterlassungsklage nicht durchgreifen soll. Die oben angeführten Gesetzesbestimmungen können eben nur einen Anhaltspunkt dafür bieten, daß der Gesetzgeber auch die Ehre als Ausfluß des allgemeinen Persönlichkeitsrechts hat schützen wollen, haben aber sonst nicht das geringste mit der Unterlassungsklage zu tun.

Wenn daher das Reichsgericht dartut, daß eine in Wahrnehmung berechtigter Interessen geäußerte ehr- oder kreditverletzende Behauptung dem Handeln den Charakter der Widerrechtlichkeit nehme, so ist dies „ein Spiel mit Worten".[21] Falls dies stimmte, würde ja das Reichsgericht selbst, trotz seiner Entschuldigung in R.G. 90 S. 342, in den Entscheidungen R.G. 48 S. 114; 60, S. 6; 61 S. 366 und nachfolgenden Erkenntnissen die Unterlassungsklage gegen ein Tun gewährt haben, das nicht einmal objektiv widerrechtlich ist.

Wenn auch im Strafrecht die herrschende Meinung auf dem Standpunkt steht, daß bei Wahrung berechtigter Interessen eine Beleidigung objektiv nicht vorliege, da die Handlung nur äußerlich gegen die Person, ihrem inneren Wesen nach aber, da in Ausübung eines Rechtes erfolgt, auf die Ausübung dieses Rechtes gerichtet sei,[22] so gibt doch Frank zu,[23] daß sich sehr wohl für einen Teil der vom Gesetz erwähnten Fälle die Ansicht vertreten läßt, daß sie nicht die Rechtswidrigkeit, sondern nur die Schuld ausschließen.

Aber der § 193 St.G.B. will über das rein strafrechtliche Moment hinaus keine Bestimmung treffen, namentlich nicht entscheiden, ob eine Handlung berechtigt oder unberechtigt ist. Dadurch, daß die Interessen, zu deren Wahrung eine Handlung vorgenommen ist, berechtigte oder vermeintlich berech-

21) So Salinger Gruch. 64 S. 277.
22) Vgl. R.G.St. 15, 16; Ebermayer § 193 Anm. 1; Olshausen § 193 Anm. 1
23) a.a.O. § 193 I.

tigte sind, wird eine an sich widerrechtliche Handlung noch nicht zu einer berechtigten. Zivilrechtlich ist jeder verpflichtet, die Ehre eines andern zu achten und sich davor zu hüten, betreffs eines andern benachteiligende nicht erweislich wahre Tatsachen zu behaupten. Die Aufstellung solcher Behauptungen ist an sich widerrechtlich, wenn nicht ein Rechtfertigungsgrund der §§ 227, 228 B.G.B. vorliegt. Ein dem § 193 St.G.B. entsprechender Entlastungsgrund ist vom B.G.B. nicht anerkannt, weder in seinen allgemeinen Grundsätzen, noch außer in § 824 in einer Spezialbestimmung.[24]

Zuzugeben ist R.G. 78 S. 215 allerdings, daß die Unterlassungsklage nicht durchgreifen kann, „bei Kundgebungen, denen selbst das Merkmal der objektiven Widerrechtlichkeit völlig abgeht. Dies ist der Fall, wenn eine höher als bloß privates Interesse stehende, namentlich eine öffentlich rechtliche Pflicht die Aeußerung über die betreffende Tatsache gebietet und dabei die Bekundung nach bestem Wissen, ohne Rücksicht darauf, ob die Tatsache anderweit bewiesen oder beweislich ist, erstattet werden muß. Eine solche Verpflichtung besteht für den Zeugen vor Gericht, sie kann nach Umständen vorliegen bei einer verantwortlichen Vernehmung in einem ehrengerichtlichen oder disziplinaren Verfahren."

Allein in derartigen Fällen der Kollision der Interessen der Privatperson mit denen des öffentlichen Rechts, nimmt der Staat als persona potentior dem Privatmann die Möglichkeit, zivile Rechtsschutzmaßnahmen geltend zu machen, ganz davon abgesehen, daß das Gemeinwohl dem Wohle des Einzelnen vorgeht und daß wohl in den meisten Fällen keine Wiederholungsgefahr besteht.

c) Die Unterlassungsklage ist auch dann gegeben, wenn die in Frage stehende Handlung mit öffentlicher Strafe bedroht ist.

Der VI. Zivilsenat des Reichsgerichts hat in seinem Urteil vom 28. September 1911[25] die Unterlassungsklage für unzulässig erklärt, wenn die in Frage stehende Handlung bereits durch Strafgesetz verboten ist.[26] Diese Ansicht wird auf folgende Erwägungen gestützt:

24) Vgl. R.G. 51 S. 377.
25) R.G. 77 S. 222 ff.
26) In R.G. 82, 59; 88, 130; 91, 265, 350; 98, 36. R.G. in J.W. 12, 587; 13, 35 aufrecht erhalten.

Die Rechtsprechung des Reichsgerichts habe in weitem Umfange eine Klage auf Unterlassung für zulässig erklärt, aber sie habe nicht ausgesprochen, daß, wenn der Tatbestand einer unerlaubten Handlung vorliege, in jedem Falle, in dem ein Schadensersatzanspruch wegen unerlaubter Handlung gegeben sei, auch eine Klage auf Unterlassung gegeben sein müsse. Die Urteile in den Entscheidungen Band 48 S. 114 (119); 51, S. 369 (375); 60, S. 6 (7) hätten das Rechtsschutzbedürfnis als Maßstab für die Zulassung der Unterlassungsklage aufgestellt, und in dem Urteile Band 71 S. 85 sei eine Klage auf Unterlassung ehebrecherischer Handlungen deshalb abgewiesen worden, weil eine Klage auf Unterlassung dann zu versagen sei, wenn das öffentliche Recht einer zivilrechtlichen Verfolgung entgegenstehe. Der rechtliche Gesichtspunkt dieser letzteren Entscheidung treffe aber im allgemeinen überall zu, wo die Handlung, auf deren Unterlassung im Wege des Zivilprozesses geklagt werde, durch ein Strafgesetz unter öffentliche Strafe gestellt sei. Wo die Wiederholung einer Handlung als gesetzlich verboten, bereits mit öffentlicher Strafe bedroht sei, sei für eine weitere zivilrechtliche Strafandrohung kein Bedürfnis und kein Raum. Der Grundsatz möge nicht gelten, wo auf eine unerlaubte Handlung zwar eine öffentliche Strafe angedroht, die Strafverfolgung aber vollständig der Willkür der verletzten Privatperson anheim gegeben sei (Privatklage), aber er greife durch, wo die öffentliche Gewalt die Strafverfolgung des Täters selbst betreibe. Die Strafe des § 890 Z.P.O. sei im Gegensatz zu der Vollstreckungsmaßregel des § 888 Z.P.O. wirkliche Strafe, Sühne für ein begangenes Unrecht und werde deshalb auch nach strafrechtlichen Grundsätzen festgesetzt. Wo sich inhaltlich die Zuwiderhandlung gegen die Strafnorm des Urteils decke mit der Zuwiderhandlung gegen eine staatliche Strafnorm, die im öffentlichen Interesse erlassen sei, könne diese nicht außer acht gelassen werden. Soweit der Staat als Hüter der öffentlichen Ordnung eine Strafandrohung erlassen habe, könne nicht nebenher eine private Strafandrohung ergehen, der der Staat als Organ der Zwangsvollstreckung seine helfende Hand leihen solle. Es gebe nur eine Strafe für eine unter öffentliche Strafe gestellte Handlung und diese sei die öffentliche des Strafgesetzes; ihr müsse die zivilrechtliche weichen.

Die vom VI. Zivilsenat angeführten Argumente dürften einer kritischen Würdigung kaum standhalten.

Zunächst ist im Gesetz (§§ 12, 862, 1004 B.G.B.) nirgends die Rede davon, daß die Negatoria von dem „Rechtsschutzbedürfnis" abhängig ist, daß die betreffende Handlung nicht mit öffentlicher Strafe bedroht ist. Auch das Reichsgericht versagt die Unterlassungsklage des § 1004 B.G.B. nicht aus dem Grunde, weil z. B. die Sachbeschädigung durch den § 303 St.G.B. geschützt ist. Schon aus diesem Grunde erscheint es somit völlig willkürlich, der analogen Anwendung dieser Rechtsgrundsätze über den Gesetzgeber hinweg ein neues „Rechtsschutzbedürfnis" hinzuzufügen.

Auch sonst ist im Gesetz nirgendwo ein Rechtssatz zu finden, welcher dem Kläger den zivilprozessualen Weg verwehrt, wenn schon das Strafrecht die begangene Tat sühnt. Für das Gebiet des gewerblichen Rechtsschutzes hat auch der VI. Senat diese Einschränkung nicht gelten lassen; denn hier diene gerade die Androhung der öffentlichen Strafe zur Verstärkung der aufgestellten zivilrechtlichen Normen, deren Durchführung durch den wirksameren und eindrucksvolleren strafrechtlichen Schutz gesichert werden solle; hier werde nicht durch Hinzufügen einer besonderen zivilrechtlichen Strafandrohung zu der allgemeinen strafrechtlichen das Ansehen der letzteren herabgedrückt, vielmehr solle die strafrechtliche Drohung das Gewicht der zivilrechtlichen Norm erhöhen.[27]

Man mag über die Zwecktheorien der öffentlichen Strafe streiten, jedenfalls wird durch das Strafurteil ein begangenes Delikt gesühnt; ob aber gleichzeitig für den Verletzten (Einzelnen) ein wirksamer vorbeugender Schutz für künftiges Unrecht gewährt wird, erscheint fraglich.

Es ist ferner gleichgültig, ob die in § 890 Z.P.O. angedrohte Strafe (im Gegensatz zu § 888 Z.P.O.) als echte Rechtsstrafe zur Sühnung der begangenen Zuwiderhandlung verhängt wird und daher vorbehaltlich ihrer Stellung im Dienste der Vollstreckung strafrechtlichen Grundsätzen untersteht,[28] oder ob die Strafe des § 890 Z.P.O. nur eine Ordnungsstrafe[29] und daher nicht krimineller Natur ist. Der

27) Vgl. R.G. 98, 39.

28) So Stein-Jonas § 890 I: Der Vollstreckungstitel bildet die Norm, die Strafandrohung das konkretisierte Strafgesetz. Vgl. auch R.G. 77, 222; dagegen Eltzbacher U.Kl. S. 202 f.

29) So Weinmann in JW. 14 S. 1009 f.; Delius in J.W. 13 S. 8; Schmitt in JW. 13 S. 669.

strafrechtliche Grundsatz ne bis in idem wird jedenfalls nicht verletzt, da der Verletzer durch die vorher ergangene Strafandrohung der Allgemeniheit gegenüber eine Sonderstellung einnimmt und er damit rechnen muß, daß ihn neben der öffentlichen auch die zivile Strafe trifft.

Wenn weiter das Reichsgericht in Band 98 S. 39 als Argument für seine Ansicht der Unzulässigkeit des Nebeneinanderbestehens von öffentlicher Strafandrohung und zivilrechtlichem Unterlassungsanspruch anführt, daß das Ansehen und Gewicht der allgemeinen Strafrechtsnorm und der für sie gegebenen öffentlichen Strafandrohung durch das Hinzufügen einer besonderen Strafandrohung durch den Zivilrichter nur in einer der Gesamtrechtspflege nicht förderlichen Weise herabgedrückt und geschwächt werden könne, so kann diesen Ausführungen beweisende Kraft kaum innewohnen. Es ist gar nicht einzusehen, weshalb durch das Nebeneinanderbestehen öffentlicher und ziviler Strafandrohung das Gewicht der ersteren herabgedrückt werden sollte, sagt doch der VI. Senat in demselben Urteil einige Zeilen weiter, daß in dem Gesetz über den unlauteren Wettbewerb wie in den Urheber- und gewerblichen Schutzrechten die Androhung der öffentlichen Strafe zur Verstärkung der aufgestellten zivilrechtlichen Normen diene, deren Durchführung durch den wirksameren und eindrucksvolleren strafrechtlichen Schutz gesichert werden solle. Das soll also heißen, daß der Gesetzgeber den Schutz einiger Rechtsgüter in den vorbezeichneten Gesetzen für so notwendig und dringend hielt, daß er den zivilrechtlichen Schutz durch besonderen strafrechtlichen verstärkte. Sollten bei dem allgemeinen Strafrechte andere rechtspolitische Gesichtspunkte maßgebend sein?[30]

Folgt man aber der Ansicht des VI. Senats, so kommt man zu dem Resultat, daß der Verletzte in den schwereren Fällen, denen wegen der Erheblichkeit des Rechtsbruches eine öffentliche Strafnorm zur Seite steht, einen geringeren Schutz genießt, als in den leichteren Fällen.

30) Vgl. R.G. 116 S. 154: „Das Strafgesetz verfolgt regelmäßig den Zweck, einem „anerkannten Rechtsgut oder Interesse durch die angedrohte öffentliche Strafe einen besonderen, verstärkten Schutz zu gewähren. Es schafft nicht erst das Rechtsgut durch seine Strafandrohung, diese ist vielmehr nur ein Anzeichen dafür, daß die Rechtsordnung das betreffende Rechtsgut als solches anerkennt. Der strafrechtliche Schutz dient also regelmäßig zur Verstarkung der sonst zum Schutze von Rechtsgütern gegebenen Rechtsbehelfe."

Man denke sich folgenden Widersinn: Hat jemand eine kreditgefährdende Aeußerung getan, die in eine nicht beleidigende Form gekleidet ist, so steht dem Verletzten nach Ansicht des VI. Senats die Unterlassungsklage zu, während sie, falls dieselbe Aeußerung zugleich beleidigend ist — ein Plus gegenüber dem Minus — versagt wird.[31]

Außerdem ist das Strafverfahren oft recht langwierig, während dem Kläger öfter größtmöglichste Eile (Kreditgefährdung!) not tut. Die strafrechtliche Wirkung und Vollstrekkung des rechtskräftigen Urteils kommt erst nach längerer Zeit in Betracht, während im Zivilverfahren dem Kläger der schnellere Rechtsschutz der einstweiligen Verfügung zur augenblicklichen Abstellung der Gefahr zur Hand ist.

Es besteht ferner die Gefahr, daß dem Angeklagten das begangene Delikt im Strafverfahren gar nicht genügend nachgewiesen werden kann, sodaß der Kläger völlig schutzlos dasteht, während er vielleicht im Zivilprozeß mittels des Parteieides zu einer Verurteilung des Beklagten kommen könnte. Ferner kann im Zivilverfahren dem Verletzer gemäß § 890 Z.P.O., wenn die Geldstrafe zu keinem Erfolg führt, Haft bis zu 6 Wochen angedroht werden, während im Strafverfahren vielleicht eine noch so hohe Geldstrafe nicht zum Ziele führt, d. h., nicht geeignet ist, dem indirekten gerichtlichen Verbot Geltung zu verschaffen, da sie vom Verurteilten ohne Mühe gezahlt werden kann. Schließlich besteht die Möglichkeit, daß der Verletzte, der durch irgendwelche Behauptungen Nachteile für seinen Erwerb oder sein Fortkommen befürchtet, vielleicht gar nicht mit Sicherheit weiß, wer diese Behauptungen in Umlauf gesetzt hat, sodaß in einem solchen Falle die Einleitung eines Strafverfahrens nicht in Frage kommt, während im Zivilverfahren dem Beklagten immer noch der Eid über seine Urheberschaft zugeschoben werden kann. Außerdem kann der Verletzte fast nie mit Bestimmtheit angeben, ob in einem solchen Falle auf Seiten des Beklagten auch die subjektiven Strafbarkeitsvoraussetzungen vorliegen, sodaß die Einleitung eines Strafverfahrens immerhin von zweifelhaftem Erfolg ist, wobei durch die nutzlos vergeudete Zeit ein nicht wieder gutzumachender Schaden entstehen kann. Ist ferner die kreditgefährdende Behauptung in Wahrung berechtigter Interessen aufgestellt (§ 193 St.G.B.), so wird vom Strafrichter die

31) Vgl. auch Rosenthal in J.W. 15, S. 302.

objektive Unrichtigkeit der Behauptung gar nicht mehr untersucht.[32]

Auch Neukamp[33] vertritt die Auffassung des VI. Senats und weist darauf hin, wie unerfreulich es sein würde, wenn die Möglichkeit geschaffen würde, daß die Strafgerichte in derselben Sache zu einer Freisprechung gelangten, in der die Zivilgerichte verurteilten. Dem kann man mit Recht entgegenhalten, daß im allgemeinen solche Fälle schon dadurch möglich werden, daß gemäß § 286 Abs. 2 Z.P.O., § 14 Ziffer 1 E.G. Z.P.O. der Zivilrichter gar nicht an das Urteil des Strafrichters gebunden ist.[34] Weiter wird ja auch im Instanzenwege sowohl der Straf- wie Zivilgerichte dasselbe Urteil oft mehrere Male aufgehoben, ohne daß dies je als Unerfreulichkeit bemängelt wurde.

Daß eine Klage gegen den Ehebrecher auf Unterlassung künftiger ehebrecherischer Handlungen vom VI. Senat nicht zum Beweise für seine Ansicht herangezogen werden kann, hat Rosenthal[35] ganz richtig damit widerlegt, daß „das Hineinziehen der inneren Verhältnisse des Ehelebens in einen bürgerlichen Rechtsstreit (außerhalb des besonders geordneten Eheprozesses) dem sittlichen Wesen der Ehe widerstreitet."

Es ist Sache des Gesetzgebers, zu prüfen, ob ein solches Rechtsschutzbedürfnis zur Geltendmachung der Klage vorausgesetzt wird oder nicht. Die Aufgabe der Gerichte ist lediglich die Durchführung des bestrittenen oder verletzten Rechtsanspruchs.[36]

Würde man den Standpunkt des VI. Senats einnehmen, und nur in „besonders gearteten" Fällen dem Verletzten das zivile Rechtsschutzmittel der Unterlassungsklage gewähren, in denen eine Bestrafung des Verletzers durch das öffentliche Recht nicht möglich ist, wobei jeder Fall unter diesem Gesichtspunkte geprüft werden müßte, so würde man die geschaffene Unterlassungsklage zu einem Glücksspiel herabwürdigen. Es würde eine derartige Unsicherheit in unser Recht hineingetragen werden, daß niemand sich getrauen würde, das

32) Vgl. über alle diese Punkte auch Roesnthal in J.W. 15 S. 302 f.; Unl. Wettb.Ges. S. 57.
33) J.W. 15 S. 118.
34) Umgekehrt ist auch der Strafrichter nicht an das Urteil des Zivilgerichts gebunden. Vgl. §§ 261, 262, St.P.O.
35) J.W. 18, S. 134.
36) So auch Salinger Gruch. 64, 275.

vorbeugende Rechtsschutzmittel auf seine Wirksamkeit zu prüfen.[37]

So hat denn auch der II. Zivilsenat des Reichsgerichts durch Urteil vom 15. 2. 1927[38] endlich den überwundenen Standpunkt des ehemaligen VI. Senats preisgegeben.[39] In diesem Urteil wird ausgeführt:

„Die quasi negatorische Unterlassungsklage wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß die Kläger auch auf strafrechtlichem Wege Schutz gegen die Zuwiderhandlung erlangen könnten. Denn das privatrechtliche Rechtsschutzbedürfnis, dem die Unterlassungsklage dient, ist nicht deshalb zu verneinen, weil für diesen Schutz auch der Weg der Strafklage offen steht.... Es liegt kein Grund vor, die durch die Rechtsprechung geschaffene quasi negatorische Abwehrklage an andere Voraussetzungen zu knüpfen, als sie für ihr Vorbild, die Negatorienklage und die sonstigen Fälle bestehen, in denen ein Unterlassungsanspruch gegenüber zu befürchtenden weiteren Eingriffen ausdrücklich gewährt wird. ..... Die quasi negatorische Unterlassungsklage bezweckt nicht, dem Verletzten für den Fall des Nichtausreichens oder Versagens des strafrechtlichen Schutzes, einen ergänzenden Rechtsbehelf gegen weitere Störungen zu gewähren, sondern sie tritt ergänzend neben die gesetzliche Regelung der Schadensersatzpflicht bei unerlaubten Handlungen. Der Verletzte soll nicht darauf beschränkt sein, wegen der erfolgten und noch zu erwartenden Rechtsverletzungen Schadensersatzansprüche geltend zu machen, die ein Verschulden zur Voraussetzung haben und oft schwer durchführbar sind, denn die Gerechtigkeit verlangt, daß der Angegriffene ohne Rücksicht auf ein Verschulden des Verletzers gegen Fortsetzung der widerrechtlichen Eingriffe geschützt werde. Nicht das Fehlen eines strafrechtlichen Schutzes, der nur Vergangenes sühnen kann, sondern die begründete Besorgnis weiterer Eingriffe schafft das Rechtsschutzbedürfnis für die Unterlassungsklage."

2. a) Klageberechtigung.

Klageberechtigt ist der Verletzte. Jede neue rechtswidrige Verletzung erzeugt einen neuen Unterlassungsanspruch.

37) Vgl. Krückmann in J.W. 21, 177: „Kulturell ist es ein Rückschritt, wenn die Parteien auf die straflichen Rechtsbehelfe hingedrängt werden . . . Entweder gibt es die Unterlassungsklage immer oder es gibt sie gar nicht."

38) R.G. 116, 151 ff.

39) Es bedurfte in diesem Fall nicht gemäß § 136 G.V.G. der Anrufung der

Sind mehrere Personen verletzt, so kann jeder selbständig klagen.

Auch Verbände können auf Unterlassung klagen, allerdings nur dann, wenn sie selbst durch die Verletzung betroffen werden.[40] Dagegen können die Mitglieder den ihnen zustehenden Unterlassungsanspruch nicht auf den Verband übertragen.

Da den Persönlichkeitsrechten im allgemeinen die Möglichkeit der Abtretung fehlt, ist auch der Unterlassungsanspruch für sich allein nicht übertragbar.[41]

Es ist u. E. aber richtig, wenn man in dieser Hinsicht mit Kohler[42] die Unterscheidung zwischen Individual- und Immaterialrecht macht. Da das letztere als Vermögensrecht vererblich und veräußerlich ist, ist auch unter gewissen Voraussetzungen der Unterlassungsanspruch für den Rechtsnachfolger gegeben.

Im Falle der Störung eines Geschäftsbetriebs ist der Unterlassungsanspruch an und für sich nur dann zulässig, wenn der Kläger z. Zt. der Verletzung den Gewerbebetrieb inne gehabt hat. Der Anspruch kann aber mit dem Geschäft, zu dessen Schutz er dient, übertragen werden, sodaß auch der neue Erwerber in diesem Falle durch die Störung mitbetroffen wird.[43]

Das Reichsgericht führt in Band 86 S. 254 mit Recht aus, daß der auf die §§ 14 und 1 Wettb.Ges. gestützte Unterlassungsanspruch als Bestandteil des Nachlasses auf die Erben übergehen oder mit dem Geschäft unter Lebenden übertragen werden könne:

„Unwahre oder nicht erweislich wahre Behauptungen, welche die Person des Inhabers eines Erwerbsgeschäfts oder dessen Kredit in den Augen der Geschäftswelt herabzusetzen geeignet sind, beeinträchtigen auch die Vertrauenswürdigkeit des von ihm betriebenen Geschäfts und damit dessen Wert. Die Unterlassungsklage dient zur Abwehr weiterer Schädigung bei Gefahr ihrer Wiederholung und entspricht einem wirtschaftlichen Bedürfnis. Bei dem Mangel einer be-

vereinigten Zivilsenate, denn der VI. Zivilsenat hat seit dem 1. Dezember 1923 aufgehört zu bestehen (R.G. 108, 60) und andere Senate haben sich mit dieser Frage, soweit bekannt, nicht befaßt.

40) Vgl. R.G. in J.W. 15, 29; 27, 2423.

41) Vgl. O.L.G. Hamburg in J.W. 26, 2106.

42) Dernburg-Kohler S. 223.

43) Vgl. auch R.G. in J.W. 28, 1572.

sonderen entgegenstehenden Gesetzesbestimmung ist daher nicht einzusehen, weshalb der auf die §§ 14 und 1 Unl.Wettb.Ges. gestützte Unterlassungsanspruch nicht der für vermögensrechtliche Ansprüche geltenden Regel entsprechend als ein Bestandteil des Nachlasses auf die Erben übergehen sollte oder mit dem Geschäfte nicht unter Lebenden übertragen werden könnte.

Auch während der Rechtshängigkeit des Unterlassungsanspruchs steht der Uebertragung gemäß § 265 Abs. 1 Z.P.O. nichts entgegen. Nach Absatz 2 des § 265 aber ist die Veräußerung oder Abtretung des geltend gemachten Anspruchs auf den Prozeß ohne Einfluß. Der Prozeß wird also zwischen den ursprünglichen Parteien weitergeführt, so daß diese, ungeachtet der Veräußerung, die zu seiner Erledigung nach der Prozeßordnung erforderlichen Handlungen vorzunehmen ebenso berechtigt wie verpflichtet sind. Denn der Zweck der Gesetzesbestimmung ist der, zu verhindern, daß durch die Abtretung die Prozeßlage des Gegners verschlechtert werde."

Auch die Liquidation eines Unternehmens hindert die Geltendmachung des Anspruchs nicht. Ein Interesse an der Verfolgung von Ansprüchen kann schon darin zu finden sein, daß etwa die Liquidatoren das ganze Geschäft in Bausch und Bogen verkaufen wollen.[44]

Das Reichsgericht hat in Mu.W. 22, 89 für einen Fall, in dem eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung ihre Aktiven und Passiven auf eine Aktiengesellschaft übertragen hat, erklärt, daß die Aktiengesellschaft, da sie Gesamtrechtsnachfolgerin der Gesellschaft mit beschränkter Haftung geworden sei, in den Prozeß eintreten könne; zur Anwendung kommen die §§ 239, 246, 250 Z.P.O., nicht § 265 Z.P.O.

b) Rechtsverletzung des Beklagten.

Die Unterlassungsklage richtet sich gegen den Störer,[45] sowie auch gegen denjenigen, der die Störung ausnutzt oder sie sich zu eigen macht. Weiter auch gegen den, der sich des Rechts berühmt, die Störung verursachen zu dürfen.[46]

Auch Anstifter und Gehilfen haften auf Unterlassung, wenn die übrigen Rechtsschutzvoraussetzungen vorliegen. R.G. 99, S. 94, führt in dieser Hinsicht aus:

44) So Rosenthal Unl.Wettb.Ges. S. 25.
45) R.G. in J.W. 17, 223.
46) Vgl. R.G. 70, 443.

„Der Wille des Gehilfen geht auf Förderung der Begehung der Haupttat. Er muß daher wissen, daß derjenige, dessen Tat er fördert, auch subjektiv sich einer Verbotsübertretung schuldig macht, dazu genügt aber die Annahme, daß der Dritte mit bedingtem Vorsatz handele, wie es andererseits auch beim Gehilfen selbst ausreicht, daß er sich der Möglichkeit bewußt ist, seine Handlung könne die verbotene Handlung des Dritten fördern, und er diese Handlung doch vornimmt mit dem Willen, eine solche Förderung gegebenenfalls herbeizuführen."

Außer Betracht muß ferner bleiben, in wessen Interesse die Verletzung stattgefunden hat. Aus diesem Grunde haftet auch der Beauftragte oder Vertreter auf Unterlassung.[47] Daneben haften der Auftraggeber oder Vertretene, wenn die Störung mit ihrem Wissen und Wollen vorgenommen ist.[48] Ein bloßer Bote wird als Beklagter regelmäßig nicht in Frage kommen.

Haben mehrere die Verletzung vorgenommen, so haftet ein jeder, jedoch nicht als Gesamtschuldner, die §§ 830, 840 B.G.B. sind unanwendbar.

Auch gegen eine juristische Person oder einen nicht rechtsfähigen Verein sowie eine Firma kann sich die Unterlassungsklage richten, wenn seitens eines Organs innerhalb seines Wirkungskreises, bezw. im Namen des Vereins oder der Firma die Störung verursacht ist. Eine Strafandrohung im Sinne des § 890 Z.P.O. und später die Festsetzung einer Geldstrafe ist auch gegen juristische Personen möglich. Nach R.G. 43, S. 405, kann jedoch eine Haftstrafe gegen juristische Personen weder festgesetzt noch an ihren gesetzlichen Vertretern vollstreckt werden.

III. Beweislast, Ziel und Vollstreckung der Unterlassungsklage.

Der Kläger hat die klagebegründenden Voraussetzungen zu beweisen, So muß er namentlich das Vorliegen einer Rechtsverletzung dartun. Er muß den Beweis der Unwahrheit der vom Beklagten gemachten Behauptungen erbringen, wobei es gleichgültig ist, ob der Beklagte in Wahrnehmung berechtigter Interessen gehandelt hat.[1] Wendet der Beklagte ein, er sei zu seinem Tun berechtigt, so muß er hinwiederum diese

47) Vgl. R.G. in J.W. 17, 223.
48) Vgl. R.G. 104, 381.
1) Vgl. R.G. 95, 339, wie jedoch schon oben gesehen mit unhaltbarer Konstruktion.

seine Einwendung beweisen.[2] Dieselben Grundsätze müssen auch bei der Glaubhaftmachung einer einstweiligen Verfügung gelten. Auch in diesem Falle muß der Antragsteller die Unwahrheit der Behauptung glaubhaft machen, auch, wenn der Antragsgegner nicht in Wahrnehmung berechtigter Interessen gehandelt hat, da auch hier dieselben Voraussetzungen wie für den Klageanspruch selbst vorhanden sein müssen.[3]

Da der Kläger auch die Rechtsschutzvoraussetzungen beweisen muß, trifft ihn auch für die Wiederholungsgefahr die Beweislast.

Von der Beweislast ist jedoch die Frage der Beweisführung zu trennen. Es ist dies die Frage, die es der freien richterlichen Würdigung anheimstellt, ohne daß von einer Verschiebung oder Umkehrung der Beweislast gesprochen werden kann, anzunehmen, daß, und unter welchen Umständen der Beweis als geführt anzusehen ist. Es gilt auch hier der Grundsatz des prima — facie Beweises, d. h., eine aus allgemeinen Erfahrungstatsachen des Lebens sich ergebende Vermutung. So ist beispielsweise nach den Umständen des Falles eine besondere Behauptung und Darlegung der Wiederholungsgefahr nicht notwendig.[4]

Der zu erzielende Erfolg des vorbeugenden Rechtsschutzmittels der Unterlassungsklage geht dahin, daß das rechtswidrige Tun für die Zukunft unterlassen wird. Ein Mehr kann vom Beklagten nicht verlangt werden. So ist namentlich bei Ehrverletzungen mangels Verschuldens die Klage auf Widerruf nicht gegeben,[5] denn ein solcher Anspruch ist, da auf Wiederherstellung des früheren Zustandes gerichtet, gemäß §§ 823 ff., 249 B.G.B. nur bei Vorliegen von Verschulden auf Seiten des Verletzers gegeben.[6]

Wenn Rosenthal[7] die Klage auf Widerruf auch dann zulassen will, wenn den Beklagten kein Verschulden trifft, da die Weigerung des Beklagten, seine ehrverletzende Behauptung

2) Vgl. R.G. 61, 370.

3) So R.G. in J.W. 07, 750; R.G. in Seuff.Arch. 60 Nr. 20; R.G. in Mu.W. 8, 246; O.L.G. Dresden in JW. 20, 912; die Ansicht, daß der Antragsgegner die Wahrheit der aufgestellten oder verbreiteten Behauptung beweisen oder wenigstens glaubhaft machen müsse, vertreten R.G. in Mu.W. 5, 17; Rosenthal Unl. Wettb.Ges. S. 33.

4) Vgl. R.G. 84, 147, wo ausgeführt wird, daß die Wiederholungsgefahr nicht bewiesen werden brauche, da „die Tatsache, daß ein widerrechtliches Verhalten vor Erhebung der Klage bereits verwirklicht worden ist, im allgemeinen zur Annahme der Wiederholungsgefahr ausreicht."

5) Unrichtig O.L.G. Hamburg in Seuff.Arch. 64 Nr. 22.

6) So R.G. in Recht 15 Nr. 20; R.G. 56, 286; 57, 158; 60, 20; 97, 343.

7) Unl.Wettb.Ges. S. 81.

wieder rückgängig zu machen, sich als ein Fall des dolus subsequenz darstelle, so ist dem u. E. schwerlich beizustimmen. Man kann es dem Beklagten doch nicht als nachträgliches Verschulden anrechnen, wenn er den Widerruf mit dem Hinweis auf sein Recht der freien Meinungsäußerung und der grundsätzlichen Gleichheit aller vor dem Gesetz ablehnt. Es muß in solchen Fällen dem Kläger eben selbst überlassen bleiben, sich zu rehabilitieren. Man wird aber in vielen Fällen schon aus der Art der Ehrverletzung auf ein Verschulden des Beklagten schließen können, sodaß in solchen Fällen der Widerruf aus dem Gesichtspunkte des Schadensersatzes erfolgen kann.

Den Beklagten kann aber gleichwohl auch bei der vorbeugenden Unterlassungsklage eine Beseitigungspflicht treffen, wenn sie sich als Nebenwirkung des Unterlassungsgebotes darstellt. Man denke z. B. an die Beseitigung von Plakaten, Firmenschildern usw. Weiter weist Rosenthal[8] darauf hin, daß der Unterlassungsanspruch auch über die begangene Rechtsverletzung hinaus sich gegen ihre Wirkungen richten kann. So daß beispielsweise im Falle des Geheimnisverrates ein Unterlassungsanspruch nicht nur gegen einen ferneren Verrat gegeben ist, sondern hauptsächlich auch gegen die Benutzung der erlangten Kenntnis.[9]

Ihrer prozeßrechtlichen Stellung nach ist die Unterlassungsklage Leistungs- und nicht Feststellungsklage.[10] Das Unterlassungsgebot richtet sich nach § 890 Z.P.O.[11] Der Vollstreckungsmaßregel muß eine Strafandrohung vorausgehen. Für die Verhängung der Strafe ist ein Verschulden des Beklagten Voraussetzung, wenn auch die Androhung auf Grund eines nur objektiv widerrechtlichen Eingriffs erfolgt ist.[12] Wenn die vollstreckte Geldstrafe nicht zu dem gewünschten Erfolge geführt hat, kann auch nachträglich noch Haft angeordnet und vollstreckt werden. Dagegen ist die Umwandlung der Geld-

8) Unl.Wettb.Ges. S. 23.

9) Wenn in einem Schriftstück mehrere Behauptungen den Gegenstand der Unterlassungsklage bilden, so liegt eine Zusammenfassung mehrerer selbständiger (anders beim Schadensersatzanspruch) Unterlassungsansprüche vor, sodaß ein Teilurteil gemäß § 301 Z.P.O. erlassen werden kann. So auch Rosenthal Unl.Wettb.Ges. S. 23/24. Vgl. auch R.G. in MuW. 11, 322.

10) So auch Eltzbacher U.Kl. S. 212, Jacobsohn a.a.O. S. 42 ff.

11) Ist auch auf Beseitigung geklagt worden, so findet für die Vollstreckung § 887 Z.P.O. Anwendung.

12) Reichsgericht Bd. 36 S. 419; vgl. auch wegen der Verhängung der Strafe, wenn nur ein Angestellter das Verbot schuldhaft übertreten hat, O.L.G. München in O.L.G. 29, 254; O.L.G. Augsburg in L.Z. 14, 408.

strafe in Haft wegen Uneinziehbarkeit des Geldbetrages unzulässig.

IV. Gerichtsstand.

Als Gerichtsstand für die Unterlassungsklage kommt zunächst der allgemeine Gerichtsstand (§ 12 Z.P.O.), sodann der Gerichtsstand der Niederlassung (§ 21 Z.P.O.) in Betracht.

Es fragt sich weiter, ob auch der Gerichtsstand des § 32 Z.P.O. für die negatorische Unterlassungsklage Platz greift.

§ 32 Z.P.O. besagt:

„Für Klagen aus unerlaubten Handlungen ist das Gericht zuständig, in dessen Bezirke die Handlung begangen ist."

Der Gerichtsstand des § 32 Z.P.O. ist also nur gegeben für Klagen a u s unerlaubten Handlungen. Daß somit dieser Gerichtsstand nicht gegeben ist, wenn eine durch die Handlung nur objektiv bewirkte Rechtsverletzung die Erhebung einer aus diesem Rechte entspringenden Klage veranlaßt, ist offensichtlich, denn das forum delicti commissi setzt eben eine schuldhaft rechtswidrige, haftbarmachende Handlung voraus.

Es fragt sich aber weiter, ob der Gerichtsstand der unerlaubten Handlung vielleicht dann gegeben ist, wenn die Unterlassung auf Grund eines schuldhaft rechtswidrigen Handelns begehrt wird. Dies ist zu verneinen, denn auch dies ist keine Klage a u s einer unerlaubten Handlung. Es ist schon oben festgestellt, daß die Unterlassungsklage nur auf Grund eines absoluten Persönlichkeitsrechtes gewährt werden kann. Aus diesem Grunde stützt sich die Unterlassungsklage ihrem Wesen nach nicht auf die schuldhafte Rechtskränkung, sondern auf ein absolutes Recht, die Klage entspringt nicht der Rechtsverletzung, sondern dem angegriffenen Recht, welches auf die Beeinträchtigung reagiert, selbst.[1]

R.G. 24 S. 394 führt für eine Unterlassungsklage aus dem Patentrecht zutreffend aus:

„Der Grund der abwehrenden Klage des Patentinhabers ist (auch wenn dieselbe durch eine wissentlich den Bestimmungen der §§ 4, 5 des Patentgesetzes zuwider erfolgende Verletzung veranlaßt wird) lediglich das absolute Recht aus dem Patente, in gleichartiger Weise, wie der Grund der (im engeren Sinne) negatorischen Klage des Eigentümers, auch wenn dieselbe gegen den böswillig Besitzenden oder Störenden

1) Vgl. Stein-Jonas § 32 Anm. III.

gerichtet wird, das Eigentum ist. Diese Klage des Patentinhabers ist keine Klage aus einer unerlaubten Handlung. Dieselbe erhält auch letzteren Charakter nicht dadurch, daß in dem Vortrage des Klägers die (für- das Wesen der erhobenen Klage irrelevante) Angabe enthalten ist, daß der Beklagte das betreffende patentverletzende Verhalten wissentlich verwirklicht habe."[2]

Auch die sogenannte deliktische Unterlassungsklage ist zum Unterschiede von der Beseitigungs- (Schadensersatz-) klage keine Klage aus unerlaubter Handlung, sondern entspringt dem angegriffenen Rechte selbst, wobei das Verschulden für die Art der Klage vollständig irrelevant ist.[3]

Wird dagegen die Unterlassungsklage mit einer Schadensersatzklage oder einer Klage auf Rechnungslegung verbunden, so wäre es formalistisch und den wirtschaftlichen Bedürfnissen nicht entsprechend, wollte man etwa den Rechtsstreit bezüglich des einen Anspruchs an ein anderes Gericht verweisen. Dem Reichsgericht ist durchaus zuzustimmen, wenn es in Warn. 1915 Nr. 246 ausführt:

„Mit Recht ist in dem Urteil des Senats vom 23. Mai 1887 darauf hingewiesen, daß das Prozeßgesetz mit seinen Bestimmungen über die verschiedenen Gerichtsstände eine Erleichterung der Rechtsverfolgung bezweckt; sie dürfen nicht Anlaß zu einer Erschwerung bieten. Der Beklagte, der hinsichtlich des Anspruchs auf Rechnungslegung und Schadensersatz in dem Gerichtsstand der unerlaubten Handlung Recht nehmen muß, wird nicht benachteiligt, wenn bei diesem Gericht auch über den Unterlassungsanspruch entschieden wird, der sich gleichfalls aus dem von der Klägerin vorgetragenen Tatbestand ergeben würde.... Es wäre ein sachlich unbegründeter Formalismus, den Unterlassungsanspruch deshalb auszuscheiden, und von dem Gerichtsstand der unerlaubten Handlung abzuweisen, weil er auch anders, nämlich durch Berufung auf das absolute Patentrecht hätte begründet werden können.

2) Vgl. auch R.G. 95, 271.
3) a. A. Komm. d. R.G.R. Vorb. zu § 823 Anm. 9; R.G. 78, 257; Rosenthal Unl.Wettb.Ges. S. 66.

D. Zusammenfassung.

Zum Schluß ist zusammenfassend zu bemerken:

Daß mit der Anerkennung der allgemeinen Unterlassungsklage eine wertvolle Bereicherung für das gesamte Recht geschaffen worden ist, darf wohl von keiner Seite bezweifelt werden.

Wie die Geschichte zeigt, ist es weder Theorie noch Praxis in einem der früher geltenden Rechte gelungen, einen allgemeinen Rechtsschutz gegen zukünftige Störungen zu schaffen. Erst die heutige Zeit war dazu berufen, die großen Zusammenhänge zu erfassen, die vereinzelten gesetzlichen Bestimmungen als Grundgedanken eines einheitlichen Prinzips zu erkennen und so den Gedanken eines vorbeugenden Rechtsschutzes auf eine allgemeine Basis zu stellen.

Daß die Anerkennung der Persönlichkeitswerte mit dem geltenden Recht nicht in Widerspruch steht, ist in den vorangehenden Ausführungen klarzulegen versucht worden. Tritt man an die Frage nach der Existenz der Persönlichkeitsrechte ohne Vorurteil heran, so wird es auch keinerlei Schwierigkeiten bereiten, diese, an und für sich im Gesetz gar nicht vorhandene Neuerung allgemein anzuerkennen.

Mit dieser Anerkennung aber wäre ein Schritt vorwärts getan, würde sich ein Gebiet neuer Betätigungsmöglichkeiten erschliessen, dessen Umfang wir heute vielleicht nur ahnen können.

„Ein schöpferisches Zusammenwirken der zu sozialem Pflichtbewußtsein erwachten Persönlichkeiten ist nur auf dem Wege gegenseitiger Anerkennung der Persönlichkeitswerte denkbar. Die Bewegung um das Persönlichkeitsrecht hat in den letzten Jahrzehnten, durch Zulassung des auf der objektiven Rechtswidrigkeit beruhenden (quasi negatorischen) Schutzes, eine erhebliche Verstärkung gewonnen. Noch ist hier alles im Fluß! Zu neuen Ufern lockt ein neuer Tag."[1]

1) So Wieruszowski in D.R.Z. 27 S. 225—232.

Lebenslauf.

Ich wurde am 25. August 1902 in Langendreer, Kreis Bochum, als Sohn des Steigers Gustav Schmieding geboren. Im Jahre 1903 verlegten meine Eltern ihren Wohnsitz nach Kurl b. Dortmund, wo ich bis Ostern 1913 die Volksschule besuchte. Von Ostern 1913 besuchte ich das Hindenburgrealgymnasium zu Dortmund, das ich Ostern 1922 mit dem Reifezeugnis verließ. Ich widmete mich darauf 7 Semester dem Studium der Rechtswissenschaft, und zwar studierte ich 4 Semester an der Philipps-Universität in Marburg und 3 Semester an der Wilhelms-Universität in Münster. Im August 1926 bestand ich in Hamm das erste juristische Staatsexamen. Seitdem bin ich im Vorbereitungsdienst beschäftigt.